Enabel

Guide MP Belge

Passation (Janvier 2018)

Agence belge de développement

enabel.be

Table des matières

A) Principes de base 4
1. Notion de marché public 4
2. Concurrence 4
3. Prix ferme ou forfait 7
4. Paiement après exécution et réception 8
5. Le devoir de motivation 8
6. Obligation de publicité de l'administration 10
7. Emploi des langues 11
8. Principes généraux de bonne administration 12
B) Revue des dispositions administratives et contractuelles du cahier spécial des charges 14
1.1 Généralités 14
1.1.1 Dérogations à l'AR du 14.01.2013 14
1.1.2 Le pouvoir adjudicateur 15
1.1.3 Cadre institutionnel d'Enabel 16
1.1.4 Règles régissant le marché 16
1.1.5 Définitions importantes 17
1.1.6 Confidentialité 18
1.1.7 Obligations déontologiques 19
1.1.8 Droit applicable et tribunaux compétents 19
1.2 Objet et portée du marché 23
1.2.1 Nature du marché 23
1.2.2 Objet du marché 26
1.2.3 Lots 27
1.2.4 Postes 28
1.2.5 Durée du marché 28
1.2.6 Variantes 30
1.2.7 Options 31
1.2.8 Quantités 32
1.3 Procédure 34
1.3.1 Modes de passation 34
1.3.2 Publicité 46
1.3.3 Informations 52
1.3.4 Offre 55

1.3.5 Droit d'introduction et ouverture des offres – de demandes de participation.....59
1.3.6 Droit d'accès - Critères de sélection – Régularité des offres – Critères d'attribution.....61
1.3.7 Attribution / Conclusion du marché.....83

A) Notion et principes de base

1. Notion de marché public

Un marché public est un contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs adjudicateurs (personnes soumises à la législation applicable aux marchés publics) et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services[1].

Le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose [2]; il n'est donc ni à titre gratuit, ni sans compensation matérielle.

La loi du 17 juin 2016 énumère les personnes auxquelles s'applique la législation relative aux marchés publics. Une liste non limitative des organismes de droit public au sens de la Loi du 17 juin 2016 [3] est reprise à l'annexe 1 de l'AR Passation[4] ; Enabel fait partie de cette liste.

2. Concurrence

Par la stimulation du marché, la mise en concurrence vise à recevoir des offres au meilleur prix et à éviter la mise en place de monopole.

Les adjudicateurs sont donc obligés de traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination durant toute la procédure de passation de marché et toutes les obligations qui en découlent et d'agir d'une manière transparente et proportionnée [5].

La réglementation concernant les marchés publics contient des obligations spécifiques quant à la transparence : le pouvoir adjudicateur doit donner aux soumissionnaires toutes les informations adéquates, en général au niveau :

- de la publication : assurer la publication ;
- du cahier spécial des charges : donner les informations nécessaires pour que les soumissionnaires puissent remettre offre en toute connaissance de cause;
- de l'attribution du marché : communiquer sur les résultats, la motivation des résultats et les moyens de recours.

Un adjudicateur ne peut concevoir un marché public dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente loi ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans

[1] art. 2, 17° de la Loi du 17 juin 2016
2 art. 1106 du Code civil
3 Art. 2, 1°, c, de la Loi du 17 juin 2016
4 AR du 18.04.2017 (Arrêté Passation)
5 art. 4 de la Loi du 17 juin 2016

l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques [6].

Les opérateurs économiques qui, en vertu de la législation de l'État membre dans lequel ils sont établis, sont habilités à fournir la prestation concernée ne peuvent être rejetés au seul motif qu'ils seraient tenus, en vertu de la législation ou de la réglementation applicable en Belgique, d'être soit des personnes physiques, soit des personnes morales. Les groupements d'opérateurs économiques peuvent participer aux marchés publics. Ils ne sont pas contraints par les adjudicateurs d'avoir une forme juridique déterminée pour présenter une demande de participation ou une offre[7].

Les pratiques anticoncurrentielles, à savoir des agissements qui ont pour effet de fausser le jeu normal de la concurrence et qui conduisent à influencer l'attribution du marché, sont donc prohibées.

Trois hypothèses de pratiques anticoncurrentielles sont explicitement prohibées:

Hypothèse 1 : ***le conflit d'intérêts***

La notion de conflit d'intérêts vise au moins toute situation dans laquelle lors de la passation ou de l'exécution tout fonctionnaire concerné, tout officier public ou toute autre personne liée à un adjudicateur de quelque manière que ce soit, en ce compris le prestataire d'activités d'achat auxiliaires agissant au nom de l'adjudicateur, ainsi que toute personne susceptible d'influencer la passation ou l'issue de celle-ci, a directement ou indirectement un intérêt qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la passation ou de l'exécution[8].

En règle générale, l'exercice impartial et objectif peut être compromis pour des intérêts financiers, économiques, familiaux, affectifs, d'affinité politique ou nationale, ou pour tout autre motif de communauté d'intérêts avec une partie contractante[9].

L'existence d'un conflit d'intérêts est en tout cas présumée[10].

- dès qu'il y a parenté ou alliance, en ligne directe jusqu'au troisième degré et, en ligne collatérale, jusqu'au quatrième degré, ou en cas de cohabitation légale, entre le fonctionnaire, l'officier public ou toute autre personne comme définie ci-dessus, et l'un des candidats ou soumissionnaires ou toute autre personne physique qui exerce pour le compte de l'un de ceux-ci un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle;
- lorsque le fonctionnaire, l'officier public ou toute autre personne comme définie ci-dessus, est, lui-même ou par personne interposée, propriétaire, copropriétaire ou associé actif de l'une des entreprises candidates ou soumissionnaires ou exerce, en droit ou en fait, lui-même ou, le cas échéant, par personne interposée, un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle.

Le fonctionnaire, l'officier public ou toute autre personne comme définie ci-dessus se trouvant dans une situation de conflit d'intérêt est tenu de se récuser. Il en informe par écrit et sans délai l'adjudicateur.

Lorsque le fonctionnaire, l'officier public ou toute autre personne comme définie ci-dessus détient, soit lui-même, soit par personne interposée, une ou plusieurs actions ou parts

6 art. 5 § 1er, alinéa 1er de la Loi du 17 juin 2016
7 art. 8 de la Loi du 17 juin 2016
8 art. 6 § 1er, alinéa 2 de la Loi du 17 juin 2016
9 Voir Déclaration d'intégrité pour les membres du personnel Enabel dans le template de CSC
10 art. 6 § 3 de la Loi du 17 juin 2016

représentant au moins cinq pour cent du capital social de l'une des entreprises candidates ou soumissionnaires, il a l'obligation d'en informer l'adjudicateur[11].

On considère également comme un conflit d'intérêts, toute situation dans laquelle une personne physique qui a travaillé pour un pouvoir adjudicateur comme collaborateur interne, dans un lien hiérarchique ou non, comme fonctionnaire concerné, officier public ou toute autre personne liée à un pouvoir adjudicateur de quelque manière que ce soit, intervient ultérieurement dans le cadre d'un marché public passé par ce pouvoir adjudicateur et qu'un lien existe entre les précédentes activités que la personne susmentionnée a prestées pour le pouvoir adjudicateur et ses activités dans le cadre du marché (« tourniquet »/« revolving doors »). Ceci est toutefois limité à une période de deux ans qui suit la démission de ladite personne ou toute autre façon de mettre fin aux activités précédentes[12].

Les documents du marché public doivent contenir le paragraphe suivant :

« *Dans le cadre de la lutte contre les conflits d'intérêts, en particulier afin d'éviter le mécanisme du tourniquet (« revolving doors »), tel que défini dans la loi du 8 mai 2007 portant assentiment à la convention des Nations unies contre la corruption, faite à New York le 31 octobre 2003, le soumissionnaire s'abstient de faire appel à un ou plusieurs anciens collaborateurs (internes ou externes) de la Coopération Technique Belge, dans les deux ans qui suivent son/leur démission, départ à la retraite ou tout autre type de départ de la Coopération Technique Belge, d'une quelconque manière, directement ou indirectement, pour l'élaboration et/ou l'introduction de son offre ou toute autre intervention dans le cadre de la procédure de passation, ainsi que pour certaines tâches à réaliser dans le cadre de l'exécution du présent marché.* »

Par conséquent, s'il existe un lien direct entre les activités prestées par un ancien membre du personnel d'Enabel et celles ayant fait l'objet d'un marché public, une période de latence de deux ans doit être respectée. En d'autres termes, l'ancien membre du personnel ne peut, dans ce cas, pas conclure de marché public d'Enabel durant deux années. (Exemple de lien direct : PO à la REP. comme membre du personnel → période de latence de deux ans comme consultant dans le même pays ; ATI pour le projet x → période de latence de deux ans comme consultant pour le même projet (ou le successeur de ce projet).

Hypothèse 2 : ***les ententes***

Les opérateurs économiques ne posent aucun acte, ne concluent aucune convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence[13].

Donc, une entente entre l'adjudicataire et d'autres soumissionnaires en vue d'amener ceux-ci, par des promesses de paiement, à ne pas faire d'offre ou à faire des offres d'un montant excessif est susceptible de fausser la procédure de marché public et d'enlever à la décision son fondement légal par une erreur complète dans les motifs.

Hypothèse 3 : ***les consultations préalables***

Avant d'entamer une procédure de passation de marché, le pouvoir adjudicateur peut réaliser des consultations du marché en vue de préparer la passation du marché et d'informer les opérateurs économiques de ses projets et de ses exigences.

À cette fin, le pouvoir adjudicateur peut, par exemple, demander ou accepter l'avis d'experts

11 art. 6 § 4 de la Loi du 17 juin 2016
12 art. 51 de l'AR du 18.04.2017 (Arrêté Passation)
13 art. 5 § 1, alinéa 2 de la Loi du 17 juin 2016

indépendants, d'organismes publics ou privés ou d'acteurs du marché.

Les consultations préalables peuvent être utilisées pour la planification et le déroulement de la procédure de passation, à condition qu'elles n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et d'entraîner une violation des principes de non-discrimination et de transparence[14].

Lorsqu'un candidat ou soumissionnaire, ou une entreprise liée à un candidat ou à un soumissionnaire, a donné son avis au pouvoir adjudicateur, ou a participé d'une autre façon à la préparation de la procédure de passation, le pouvoir adjudicateur prend des mesures appropriées pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée par la participation de ce candidat ou soumissionnaire.

Ces mesures consistent notamment à communiquer aux autres candidats et soumissionnaires des informations utiles échangées dans le contexte de la participation du candidat ou soumissionnaire susmentionné à la préparation de la procédure, ou résultant de cette participation et à fixer des délais adéquats pour la réception des offres.

Le candidat ou soumissionnaire concerné n'est exclu de la procédure que s'il n'existe pas d'autres moyens d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement. Toutefois, avant de pouvoir être exclu, le candidat ou soumissionnaire reçoit la possibilité de prouver au moyen d'une justification écrite, que sa participation préalable n'est pas susceptible de fausser la concurrence [15].

3. Prix ferme ou forfait

Les marchés publics sont passés à forfait, sans qu'il ne puisse être apporté dans le cadre de leur exécution des modifications considérées comme substantielles, hormis les exceptions et conformément aux conditions fixées dans la réglementation[16].
Le principe de prix ferme ou forfait implique que l'adjudicataire doit effectuer la totalité de ses prestations à un prix normalement définitif et déterminé à l'avance dans son offre. L'adjudicataire supporte donc les risques liés aux coûts des prestations de travail et des matériaux.

La réglementation actuelle opère une distinction entre quatre formes de fixation des prix, à savoir[17]:

- le marché à prix global : le marché dans lequel un prix forfaitaire couvre l'ensemble des prestations du marché ou de chacun des postes;
- le marché à bordereau de prix : le marché dans lequel les prix unitaires des différents postes sont forfaitaires et les quantités, pour autant que des quantités soient déterminées pour les postes, sont présumées ou exprimées dans une fourchette. Les postes sont portés en compte sur la base des quantités effectivement commandées et mises en œuvre;
- le marché à remboursement : le marché dans lequel le prix des prestations effectuées est déterminé après vérification des prix réclamés en fonction des précisions contenues dans les documents du marché relatives aux éléments de coût

14 art. 51 de la Loi du 17 juin 2016
15 art. 52 de la Loi du 17 juin 2016
16 art. 9 de la Loi du 17 juin 2016
17 art. 2, 3° - 6° AR Passation

qui peuvent être pris en compte, la manière d'établir ceux-ci et l'importance des marges à y appliquer ;

- le marché mixte : une combinaison des autres modes précités.

Les marchés publics peuvent toutefois être passés sans fixation forfaitaire des prix, et ce dans les cas suivants[18]:

- dans des cas exceptionnels, pour des travaux, fournitures ou services complexes ou d'une technique nouvelle, présentant des aléas techniques importants, qui obligent à commencer l'exécution des prestations alors que toutes les conditions de réalisation et obligations ne peuvent être déterminées complètement;
- en cas de circonstances extraordinaires et imprévisibles qu'un adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir, dans le cas de travaux, fournitures ou services urgents dont les conditions d'exécution sont difficiles à définir.

Le caractère forfaitaire des marchés publics ne fait pas obstacle à la révision des prix en fonction de facteurs déterminés d'ordre économique ou social, à la condition qu'une clause de révision de prix claire, précise et univoque, soit prévue dans les documents du marché.[19].

Le caractère forfaitaire des marchés publics ne fait pas non plus obstacle à certaines modifications dans le cas de bouleversement de l'équilibre contractuel, au cas où cette révision résulte de circonstances imprévisibles[20].

4. Paiement après exécution et réception

Un paiement ne peut être effectué que pour un service fait et accepté. Sont admis à ce titre, conformément à ce qui est prévu dans les documents du marché, les approvisionnements constitués pour l'exécution du marché et approuvés par l'adjudicateur. Des avances peuvent être accordées mais uniquement selon les conditions matérielles et, le cas échéant, procédurales fixées dans la réglementation[21].

5. Le devoir de motivation

Le devoir de motivation est issu, d'une manière générale, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ainsi que, spécifiquement pour les marchés publics, de la loi « Motivation » du 17 juin 2013[22].

Obligation de motivation matérielle et formelle

L'obligation de motivation se compose de deux éléments : l'aspect matériel et l'aspect formel du devoir de motivation.

L'obligation de motivation matérielle implique que chaque acte administratif doit être sous-tendu par des motifs acceptables en droit et dans les faits.

18 art. 9 de la Loi du 17 juin 2016
19 art. 10 de la Loi du 17 juin 2016 et l'article 38/6 AR Exécution
20 art. 11 de la Loi du 17 juin 2016 et l'article AR Exécution
21 Articles 66 et 67 de l'AR du 14.01.2013 (Arrêté Exécution)
22 Loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions.

L'obligation de motivation matérielle se compose d'au moins trois éléments :

● les motifs doivent être manifestes (il suffit que l'on puisse retrouver lesdits motifs dans le dossier administratif) ;

● les motifs doivent être suffisants : ils doivent effectivement pouvoir sous-tendre et légitimer en droit la décision.

● les motifs doivent être justes dans les faits.

En résumé, cela revient à dire que l'obligation de motivation matérielle doit comporter des motifs valables en fait et en droit.

L'obligation de motivation formelle implique que les motifs de droit et de fait soutenant la décision figurent dans la décision elle-même[23].

L'obligation de motiver formellement les décisions prises en matière de marchés publics a tout d'abord été instaurée afin de garantir une application correcte de l'obligation d'attribuer le marché au soumissionnaire présentant l'offre la plus basse/la plus intéressante. Ceci permet de la sorte d'éviter que le pouvoir adjudicateur ne communique les motifs qu'après avoir pris sa décision et que, ce faisant, il puisse dans ce cas tenir compte de la personne et de l'offre d'un candidat mettant en doute la légitimité de la décision d'attribution. Il ne serait dès lors plus certain que les motifs invoqués étaient bien ceux sur lesquels le pouvoir adjudicateur a fondé sa décision.

Le devoir de motivation formelle vise en outre à permettre aux soumissionnaires d'analyser le bien-fondé des motifs de leur refus et d'évaluer l'opportunité d'introduire éventuellement un recours contre cette décision.

Compte tenu de ces objectifs, il ne peut être satisfait à un devoir formel de motivation que lorsque les soumissionnaires ou les candidats non sélectionnés ou non retenus ont pu comprendre, sur la base des motifs repris dans les décisions, la raison pour laquelle l'offre ou la candidature retenue a été jugée plus avantageuse que leur offre ou candidature et, par conséquent, la raison pour laquelle leur offre ou candidature a été rejetée.

Toutefois, certains renseignements peuvent ne pas être communiqués, et ce lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application d'une loi, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes du candidat/soumissionnaire ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entreprises.

Une motivation faisant référence à certains documents préparatoires, tels que la comparaison des offres par un expert ou une note préparatoire reprenant la motivation, intervient souvent dans le cadre de marchés publics. Cela est autorisé à condition que le destinataire de la décision ait également pris connaissance des documents auxquels il est fait référence et que, bien entendu, lesdits documents renferment les motifs convaincants. La motivation faisant référence à un rapport n'est pas décisive lorsque ledit rapport reflète plusieurs opinions, parfois divergentes et que les motifs adoptés par l'administration ne ressortent pas clairement. Dans ce cas, il y a au moins lieu de compléter cette référence par des éléments jugés pertinents.

23 art. 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 et la Loi Motivation

6. Obligation de publicité de l'administration [24]

Cette notion renforce le devoir d'information/de transparence régi par la législation sur les marchés publics. (Voir *supra*)

Principe

Le droit de consulter un document administratif d'une autorité administrative fédérale (telle qu'Enabel) et de recevoir une copie du document consiste en un droit qui permet à chacun, selon les conditions prévues par la Loi du 11 avril 1994, de prendre connaissance sur place de tout document administratif, obtenir des explications à son sujet et en recevoir communication sous forme de copie.

Il va de soi que cette législation ne peut pas servir de prétexte pour donner un avantage à un soumissionnaire et ainsi causer un traitement inégal par rapport aux autres candidats/soumissionnaires dans le cadre d'une procédure de passation de marchés publics. L'application de cette législation ne peut jamais aller à l'encontre de la législation sur les marchés publics ou des dispositions pénales (telles que les dispositions anticorruption) qui sont également d'ordre public. (Voir *supra*)

Exceptions

Enabel doit rejeter la demande, si la publication du document administratif porte atteinte :

- à la vie privée, sauf si la personne concernée a préalablement donné son accord par écrit à la consultation ou à la communication sous forme de copie ;
- à une obligation de secret instaurée par la loi, telle que l'obligation du pouvoir adjudicateur de ne pas divulguer plus d'éléments à un ou plusieurs soumissionnaires que ceux autorisés par la loi sur les marchés publics.

Enabel peut rejeter cette demande, si elle a constaté que l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection de l'un des intérêts suivants :

- la sécurité de la population ;
- les libertés et les droits fondamentaux des administrés ;
- les relations internationales fédérales de la Belgique ;
- l'ordre public, la sûreté ou la défense nationales ;
- la recherche ou la poursuite de faits punissables ;
- un intérêt économique ou financier, la monnaie ou le crédit public ;
- le caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'autorité ;
- le secret de l'identité de la personne qui a communiqué le document ou l'information à l'autorité administrative à titre confidentiel pour dénoncer un fait punissable ou supposé tel.

24 Voir la Loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration.

Enabel peut également rejeter une demande dans la mesure où la demande :

- concerne un document administratif dont la divulgation peut être source de méprise, le document étant inachevé ou incomplet ;
- concerne un avis ou une opinion communiqués librement et à titre confidentiel à l'autorité ;
- est manifestement abusive ;
- est formulée de façon manifestement trop vague.

Demande

La consultation d'un document administratif, les explications y relatives ou sa communication sous forme de copie peuvent avoir lieu suite à une demande. La demande doit clairement indiquer la matière concernée et, si possible, les documents administratifs concernés, et doit être adressée par écrit à l'autorité administrative fédérale compétente, même si celle-ci a déposé le document aux archives. Pour les documents à caractère personnel, le demandeur doit justifier d'un intérêt.

Lorsqu'une telle demande est adressée à Enabel et qu' Enabel n'est pas en possession du document administratif, celle-ci en informe sans délai le demandeur et lui communique la dénomination et l'adresse de l'autorité qui, selon les informations dont elle dispose, est détentrice du document.

Si Enabel ne peut pas réserver de suite immédiate à une demande de publicité ou la rejette, elle communique, dans un délai de trente jours de la réception de la demande, les motifs de l'ajournement ou du rejet. En cas d'ajournement, le délai ne pourra jamais être prolongé de plus de quinze jours.

Registre

Enabel (siège ou Représentation) consigne les demandes écrites dans un registre, classées par date de réception.

7. Emploi des langues [25]

Enabel rédige ses avis de marché et ses cahiers spéciaux des charges en français et en néerlandais.

Les CSC ne doivent pas nécessairement être rédigés dans les deux langues dans tous les cas. Si le CSC n'est rédigé que dans l'une des deux langues, Enabel dispose, après une demande adressée dans ce sens, de cinq jours pour rédiger ledit CSC dans l'autre langue nationale et le mettre à la disposition du demandeur. Attention, le délai de traduction peut parfois excéder les cinq jours.

25 Voir les Lois du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative et l'article 53 de l'AR Passation.

Le CSC peut être rédigé dans d'autres langues que le français ou le néerlandais, mais une version en français ou en néerlandais doit toujours être disponible.

Dans le cas où les documents du marché sont rédigés en plus d'une langue, l'interprétation des pièces a lieu dans la langue de la demande de participation ou de l'offre, pour autant que les documents du marché soient établis dans cette langue.

Les annexes techniques du CSC peuvent, lorsqu'elles ne peuvent être traduites en français ou en néerlandais, être fournies en anglais (voir même en allemand ou, pour l'Amérique latine, en espagnol).

8. Principes généraux de bonne administration

Parfois, dans le cadre d'une procédure de passation ou d'exécution d'un marché public, la loi laisse le choix à Enabel. Celle-ci a, en tant qu'autorité administrative, un pouvoir d'appréciation (discrétionnaire) ; elle a un choix dans son comportement et doit agir en « bon père de famille » ; ou encore par exemple en choisissant entre une procédure ouverte ou restrictive ; en évaluant les critères d'attribution, etc.
Cependant, l'adjudicateur doit toujours exercer ce pouvoir discrétionnaire en respectant des principes dits de bonne administration. Cela signifie que, dans les cas où une décision est manifestement déraisonnable, le Conseil d'État pourra l'annuler.

Voici un aperçu de quelques principes qui peuvent être d'application dans le cadre des marchés publics.

Devoir de minutie

En prenant une décision, le pouvoir adjudicateur doit s'assurer, avant de prendre la décision, qu'il connaît bien tous les éléments nécessaires pour statuer en connaissance de cause.
En d'autres mots, il doit préparer dûment sa décision et être suffisamment informé avant de prendre la décision.

Raison ou principe de proportionnalité [26]

Le principe de proportionnalité impose qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre l'objectif de l'acte administratif et les conséquences de celui-ci dans le chef de la partie concernée.
Ce principe de proportionnalité implique donc que le soumissionnaire est en droit de s'attendre à un comportement raisonnable de la part d'Enabel.

Par exemple : écarter une offre, parce qu'il y a un seul document qui manque et ne pas le demander au cours de la procédure peut, dans certains cas, paraître irraisonnable et même aller à l'encontre de l'égalité des soumissionnaires, si le document a bien été demandé aux autres soumissionnaires.

[26] art. 4 de la Loi du 17 juin 2016

Patere legem quam ipse fecisti

Le principe général de droit « patere legem quam ipse fecisti », qui veut dire « *respecte la loi que tu as toi-même édictée* », indique que l'on attend d'une instance publique (donc aussi de Enabel) qu'elle reste conséquente et cohérente. Un adjudicateur est lié par ses propres règles et règlements.

L'essence de ce principe est d'assurer la protection des individus contre l'arbitraire de l'administration et/ou assurer l'action administrative et le bon fonctionnement des services publics.

Interdiction de détournement de pouvoir par la Enabel et ses préposés ainsi que l'obligation d'impartialité

Ce principe implique que l'administration est tenue de n'agir que dans les limites légales de sa compétence.

Il y a détournement de pouvoir, quand l'administration ou ses préposés ont agi dans le seul but de nuire ou d'avantager quelqu'un illégalement.

Principe de légitime confiance

Le principe de légitime confiance s'inspire du principe de la sécurité juridique et implique que :

- quand l'administration a adopté une attitude constante, elle ne peut adopter un soudain revirement ;
- quand l'administration a fait des promesses sérieuses, elle doit les respecter.

En cas de violation du principe de légitime confiance, l'administré pourra invoquer l'article 1382 du Code civil et prouver une faute afin d'être dédommagé.

Si l'administration a adopté une attitude constante illégale ou a fait une promesse illégale, on ne pourra pas s'en prévaloir pour exiger qu'elle continue dans cette voie. En effet, le principe de légalité a valeur constitutionnelle et doit primer sur le principe de légitime confiance qui a valeur législative.

B) Revue des dispositions administratives et contractuelles du cahier spécial des charges

1.1 Généralités

1.1.1 Dérogations à l'AR du 14.01.2013 [27]

A partir du seuil de 30.000 € HTVA, dès que le marché est attribué, il est régi par les Règles Générales d'Exécution des marchés publics (RGE) qui sont fixées dans un Arrêté Royal[28] (à l'exception de certains marchés listés[29]).

Il est toutefois possible de déroger à certaines conditions d'exécution prévues par cet AR à condition que ces dérogations soient dûment motivées, et à la condition que l'indication de ces dérogations figure au début du cahier spécial des charges.

Certaines dispositions ne peuvent toutefois jamais faire l'objet d'une dérogation, à savoir, dans la mesure où elles sont applicables, conformément aux articles 5, 6, §§ 1er et 2, et 7 de l'AR Exécution, les dispositions suivantes:

- le chapitre 1er « Dispositions générales » (définitions, champs d'application et dérogation);
- les articles des articles 12/1 (sous-traitance dans les secteurs sensibles à la fraude), 12/3 (interdiction de sous-traitance au 2ème et 3ème degré), 37 à 38/6 (modification du marché) , 38/19 (publication au JOUE d'une modification), 62 (résiliation non fautive), 62/1 (résiliation suite à une modification ou infraction), 67 (avances), 69 (intérêt retard) et 78/1 (respect convention collectives personnel chantier);
- les articles 38/8 (impositions qui ont incidence sur chantier) , 38/9, § 4 (régime applicable en cas d'absence de clause de révision et circonstances imprévisible défavorable à l'adjudicataire), 38/10, § 4 régime applicable en cas d'absence de clause de révision et circonstances imprévisible favorable à l'adjudicataire), 38/11 à 38/18[30] (dispositions relatives aux incidents en cours d'exécution).

Les dérogations suivantes dans les documents du marché sont par ailleurs également interdites, toute disposition contraire étant réputée non écrite :

● l'allongement des délais de paiement prévus aux articles 95 §§ 3 à 5, 127 et 160 de l'AR Exécution, et ce, sans préjudice de la règle énoncée à l'article 68 de l'AR Exécution; sauf dans les conditions suivantes :

- les documents du marché stipulent expressément une durée du délai de paiement plus longue et ;
- cette dérogation se justifie objectivement par la nature particulière ou les

27 article 9 des RGE (=A.R. du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux)
28 A.R. du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux
29 Art. 6 des RGE
30 Sauf pour les marchés de conception, réalisation et de préfinancement – cf. al. 2 de l'art 9 § 1er

caractéristiques du marché et, à peine de nullité, fait l'objet d'une motivation formelle dans le cahier spécial des charges, et

– le délai de paiement n'excède en aucun cas soixante jours ;

● l'allongement des délais de vérification prévus aux articles 95 § 2, 120, alinéa 2, et 156, alinéa 1er de l'AR Exécution; sauf dans les conditions suivantes :

– les documents du marché stipulent expressément une durée du délai de vérification plus longue; et ;

– cette dérogation se justifie objectivement par la nature particulière ou les caractéristiques du marché et, à peine de nullité, fait l'objet d'une motivation formelle dans le cahier spécial des charges; et ;

– cette prolongation ne constitue pas, à l'égard de l'adjudicataire, un abus manifeste.

Il ne peut être dérogé aux dispositions obligatoires autres que celles énumérées ci-dessus que dans la mesure rendue indispensable par les exigences particulières du marché considéré. La liste des dispositions auxquelles il est dérogé doit figurer de manière explicite au début du cahier spécial des charges.

Les dérogations à certains dispositions de l'AR Exécution, à savoir les articles 10, 12, 13, 18, 25 à 30, 44 à 63, 66, 68, 70 à 73, 78 à 81, 84, 86, 96, 121, 123, 151 et 154, doivent quant à elles faire l'objet d'une motivation formelle dans le CSC. A défaut de motivation dans le CSC, la dérogation en question est réputée non écrite. Cette sanction n'est pas applicable dans le cas d'une convention signée par les parties.

1.1.2 Le pouvoir adjudicateur

Lorsque le marché est passé « en régie », le pouvoir adjudicateur est « Enabel, Agence belge de Développement », société anonyme de droit public à finalité sociale.

Vu son statut juridique de société anonyme, Enabel s'est vu octroyer un numéro d'identification dans la Banque Carrefour des Entreprises belge[31].

Selon l'article 78 du Code des sociétés belge, les mentions suivantes doivent figurer sur tous les actes juridiques (dont e.a. les marchés publics) :

« Société anonyme de droit public à finalité sociale, ayant son siège social à 1471. rue Haute, 1000 Bruxelles (numéro d'entreprise 0264.814.354, RPM Bruxelles) ».

Dans cette clause, il faut indiquer les personnes qui pour ce marché public, sont ou vont être mandatées selon la structure des mandats, à attribuer et conclure au nom d'Enabel le marché et donc d'engager juridiquement Enabel vis-à-vis du futur contractant[32].

31 http://economie.fgov.be/fr/entreprises/BCE
32 Voir aussi le chapitre 1 du Manuel de gestion administrative

1.1.3 Cadre institutionnel d'Enabel

Agence belge de développement

Enabel est l'Agence belge de développement qui appuie des projets de développement à travers le monde dans l'optique d'éliminer la pauvreté. Elle œuvre ainsi à la création d'un monde où les femmes et les hommes vivent dans un État de droit, ont accès, en toute égalité, à des services publics de qualité et ont la liberté de réaliser leurs aspirations.

Elle met en œuvre les programmes de développement du Gouvernement belge dans ses 14 pays partenaires ou au service d'autres donateurs.

Elle contribue activement aux efforts mondiaux en faveur d'un développement durable.

Cela se traduit aussi par le respect du droit environnemental, social et du travail, auquel l'Etat belge (et donc aussi d'Enabel) attache beaucoup de valeur :

Les « opérateurs économiques » sont dès lors tenus de respecter et de faire respecter par toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit d'un marché, toutes les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe II de la Loi du 17 juin 2016.[33]

Et Enabel a le devoir d'y veiller !

Les conventions générales et spécifiques entre la Belgique et les pays partenaires

En général, une convention générale a la valeur de traité, qui peut déroger à la loi belge parce qu'elle a été ratifiée dans les assemblées législatives en Belgique.

Une convention spécifique entre la Belgique et le pays partenaire (et son « DTF » en annexe) ne peut par contre pas déroger à la loi belge sur les marchés publics ni à d'autres législations car elle n'a pas été ratifiée par les assemblées législatives. Le pouvoir exécutif ne peut donc pas déroger à ce qui a été décidé par un parlement.

Il en résulte que la Convention Spécifique et le « DTF » ne prévalent aucunement sur la législation sur les marchés publics, qui est d'ordre public.

Marchés réservés

Un adjudicateur peut, dans le respect des principes du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, réserver l'accès à la procédure de passation à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objectif est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou réserver l'exécution de ces marchés dans le cadre de programmes d'emplois protégés, à condition qu'au moins trente pour cent du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés[34].

1.1.4 Règles régissant le marché

Les textes légaux et réglementaires de base relatifs aux marchés publics repris ci-après doivent toujours être mentionné dans le cahier spécial des charges:

33 art. 7, 1er alinéa de la Loi du 17 juin 2016
34 art. 15 de la Loi du 17 juin 2016

- La Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics[35] ;
- La Loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services[36]
- L'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques[37] ;
- L'A.R. du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux ;
- Les Circulaires du Premier Ministre (belge) en matière de marchés publics.
- Pour les travaux ; la législation sur l'agréation des entrepreneurs ;
- Pour l'exécution du marché public, la législation sociale du pays partenaire dans lequel les travaux, fournitures ou services ont lieu qui sont d'ordre public, par exemple : Il est conseillé de vous faire assister par l'avocat ou le consultant local contracté par la REP afin de connaître ces législations d'application.
- Législation fiscale : locale ou belge en fonction : idem, Il est conseillé de vous faire assister par l'avocat ou consultant local contracté par la REP afin de connaître ces législations d'application.

D'autres textes législatifs ou réglementaires pertinents peuvent également être ajoutés à cette liste de base.

Toute la réglementation belge sur les marchés publics peut être consultée sur www.publicprocurement.be.

1.1.5 Définitions importantes

Il faut comprendre par :

- Le soumissionnaire : un opérateur économique qui présente une offre ;
- L'adjudicataire / le prestataire de services : le soumissionnaire à qui le marché est attribué ;
- Le pouvoir adjudicateur ou l'adjudicateur : Enabel, représentée par le Représentant résident d'Enabel en fonction dans le pays concerné;
- L'offre : l'engagement du soumissionnaire d'exécuter le marché aux conditions qu'il présente ;
- Jours : A défaut d'indication dans le cahier spécial des charges et réglementation applicable, tous les jours s'entendent comme des jours calendrier ;
- Documents du marché : Avis de marché et cahier spécial des charges, y inclus les annexes et les documents auxquels ils se réfèrent ;

35 M.B. 14 juillet 2016.
36 M.B. du 21 juin 2013.
37 M.B. 9 mai 2017.

- Spécifications techniques : une spécification qui figure dans un document définissant les caractéristiques requises d'un produit ou d'un service, tels que les niveaux de qualité, les niveaux de la performance environnementale et climatique, la conception pour tous les besoins, y compris l'accessibilité pour les personnes handicapées, et l'évaluation de la conformité, la propriété d'emploi, l'utilisation du produit, la sécurité ou les dimensions, y compris les prescriptions applicables au produit en ce qui concerne le nom sous lequel il est vendu, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essais, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, les instructions d'utilisation, les processus et méthodes de production à tout stade du cycle de vie de la fourniture ou du service, ainsi que les procédures d'évaluation de la conformité;
- Variante : un mode alternatif de conception ou d'exécution qui est introduit soit à la demande du pouvoir adjudicateur, soit à l'initiative du soumissionnaire;
- Option : un élément accessoire et non strictement nécessaire à l'exécution du marché, qui est introduit soit à la demande du pouvoir adjudicateur, soit à l'initiative du soumissionnaire;
- Inventaire : dans un marché de fournitures ou de services, le document du marché qui fractionne les prestations en postes différents et précise pour chacun d'eux la quantité ou le mode de détermination du prix;
- BDA : le Bulletin des Adjudications :
- OCDE: l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques ;
- Les règles générales d'exécution RGE: les règles se trouvant dans l'AR du 14.01.2013, établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics ;
- Le cahier spécial des charges (CSC) : le présent document ainsi que toutes ses annexes et documents auxquels il fait référence ;
- La pratique de corruption : toute proposition de donner ou consentir à offrir à quiconque un paiement illicite, un présent, une gratification ou une commission à titre d'incitation ou de récompense pour qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir des actes ayant trait à l'attribution du marché ou à l'exécution du marché conclu avec le pouvoir adjudicateur ;
- Le litige : l'action en justice.

1.1.6 Confidentialité

Aussi longtemps que l'adjudicateur n'a pas pris de décision, selon le cas, au sujet de la sélection ou de la qualification des candidats ou participants, de la régularité des offres, de l'attribution du marché ou de la renonciation à la passation du marché, les candidats, les participants, les soumissionnaires et les tiers n'ont aucun accès aux documents relatifs à la procédure de passation, notamment aux demandes de participation ou de qualification, aux offres et aux documents internes de l'adjudicateur[38].

Sans préjudice des obligations en matière de publicité concernant les marchés publics

38 art. 13, § 1er de la Loi du 17 juin 2016

attribués et l'information des candidats, des participants et des soumissionnaires, l'adjudicateur ne divulgue pas les renseignements que l'opérateur économique lui a communiqués à titre confidentiel, y compris, les éventuels secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels de l'offre.

Il en est de même pour toute personne qui, en raison de ses fonctions ou des missions qui lui ont été confiées, a connaissance de tels renseignements confidentiels[39].

L'adjudicateur peut imposer à l'opérateur économique des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'il met à sa disposition[40].

1.1.7 Obligations déontologiques

Tout manquement du candidat, du soumissionnaire ou de l'adjudicataire du marché à se conformer à une des clauses déontologique énoncées dans cette disposition du cahier spécial des charges peut conduire à son exclusion, ainsi qu'à l'exécution d'autres marchés d'Enabel.

Remarque : les membres du personnel d'Enabel sont quant à eux soumis à une obligation générale d'intégrité dans le cadre de leur fonction, prévue notamment dans le code éthique d'Enabel[41].

Toute personne qui participe à l'évaluation d'un marché public lancé par Enabel doit par ailleurs signer une déclaration d'impartialité et de confidentialité[42].

1.1.8 Droit applicable et tribunaux compétents

Toute contestation ne pouvant être résolue par une autorité au moyen d'une concertation peut donner lieu à un recours auprès d'une autorité supérieure ou d'un tribunal. Ce recours aura une influence considérable sur la procédure et l'exécution du marché.

Ci-après vous trouvez les différentes étapes / possibilités de recours contre une décision prise par une autorité en matière de marchés publics :

Guichet des plaintes

Un « guichet des plaintes » a été mis en place au sein d'Enabel. Ce guichet permet à toute personne ou organisation en contact avec Enabel de déposer une plainte à l'adresse courriel complaints@enabel.be.

Bureau d'intégrité

Enabel est par ailleurs dotée d'un Bureau d'intégrité : toute personne souhaitant dénoncer un abus ou confrontée à une question d'intégrité peut en informer le Bureau d'intégrité en envoyant un courriel à l'adresse : www.enabelintegrity.be.

39 art. 13, § 2 de la Loi du 17 juin 2016
40 art. 13, § 3 de la Loi du 17 juin 2016
41 voir code éthique Enabel
42 voir le template

Enabel applique les règles de la Loi Motivation ; en conséquence, conformément à ce que prescrit cette loi, elle informe les soumissionnaires de leurs droits d'introduire un recours contre une décision prise par Enabel en sa qualité de pouvoir adjudicateur.

Recours devant le Conseil d'État

Quelles sont les décisions qui peuvent faire l'objet d'un recours ?

Le Conseil d'État (ci- après « **C.E.** ») étant un tribunal administratif, il n'examinera par conséquent que des actes juridiques administratifs unilatéraux. Le C.E. ne se prononcera jamais quant à l'exécution d'un contrat conclu entre l'administration et un particulier. Pour ce type de contrat, qui se réfère toujours aux droits privés, seul le tribunal civil est compétent.

Le C.E. statue cependant à propos de décisions administratives précédant la signature de ce type de contrat et indissociables du contrat à proprement parler.

Compétence du C.E.[43]

A la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, le C.E. peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent:

- le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;
- les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché concerné;
- les documents du marché.

Pour pouvoir introduire un recours, le plaignant doit pouvoir justifier d'un intérêt dans l'affaire, qu'il s'agisse d'un intérêt personnel ou fonctionnel. Les soumissionnaires peuvent démontrer un intérêt personnel dans le cadre d'une décision qui les a, selon eux, écartés à tort en tant que candidats. Un intérêt fonctionnel signifie, pour sa part, un intérêt dans le chef de la fonction revêtue par le plaignant (un administrateur contre une décision d'Enabel, par exemple).

Le recours en annulation est, à peine d'irrecevabilité, introduit dans un délai de soixante jours, à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas. Lorsque la Loi Motivation prévoit une obligation de communication, à défaut de simultanéité entre les envois, les délais commencent à courir à la date du dernier envoi. En tout état de cause, les délais ne commencent à courir que si la motivation a été communiquée.

La décision contestée reste exécutable pendant toute la durée de la procédure, sauf si elle a été suspendue. En cas d'annulation de la décision, la procédure doit être reprise au stade de la décision erronée. L'annulation n'a cependant aucune incidence sur la convention qui a peut-être été conclue entre-temps avec l'entrepreneur/le fournisseur/le prestataire de services.

43 Voir les articles 14 – 15, 23 de la Loi Motivation

Dans les mêmes conditions, le C.E. peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions et, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation:

- ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;

- ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.

L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.

La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension, lorsque la suspension de l'exécution de la décision est ordonnée, avec la demande d'annulation ou séparément.

La demande en suspension est, à peine d'irrecevabilité, introduit dans un délai de quinze jours, à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas. Lorsque la Loi Motivation prévoit une obligation de communication, à défaut de simultanéité entre les envois, les délais commencent à courir à la date du dernier envoi. En tout état de cause, les délais ne commencent à courir que si la motivation a été communiquée.

Passé ce délai, si aucune demande écrite en ce sens n'a été reçue, la procédure peut être poursuivie et le marché attribué.

La suspension entraîne de plein droit la suspension de l'exécution du marché éventuellement conclu en violation du délai d'attente « standstill » ***(Voir 2.20.3)***. L'autorité adjudicatrice informe l'adjudicataire sans délai de cette suspension et lui ordonne, selon le cas, de ne pas commencer ou d'arrêter l'exécution du marché.

Lorsqu'après la suspension de plein droit de l'exécution du marché, aucune demande d'annulation de la décision d'attribution ou de déclaration d'absence d'effets du marché n'est introduite dans les délais applicables prévus à l'article 23 de la Loi Motivation, tant la suspension de l'exécution de la décision d'attribution que celle du marché sont levées par l'instance de recours.

Sauf dans le cas mentionné ci-dessus, le marché, une fois conclu, ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours, quelle qu'elle soit.

Quelques exemples :

Un candidat évincé d'un appel d'offres peut-il faire un référé précontractuel à l'encontre du choix du candidat retenu par le pouvoir adjudicateur (Enabel) ?

Oui. C'est l'objet même du référé précontractuel. Mais il ne s'agit pas de critiquer le choix fait. En effet, l'action ne peut être menée que s'il y a eu violation des obligations de publicité ou de mise en concurrence. Il faut démontrer un manquement objectif. La règle demeure

que l'administration est libre de son choix d'opportunité, dès lors que les critères d'attribution sont objectifs, transparents (connus depuis le début de la procédure) et non discriminatoires.

La pondération des critères peut-elle être contestée ? Si oui, sur quel fondement juridique ?

C'est moins le principe de la pondération que l'adéquation des critères à l'objet du marché qui peut être contesté : une pondération appliquée à un critère non pertinent compte tenu de l'objet du marché pourrait être contestée.

Un candidat serait-il en droit d'exercer un référé et d'aboutir s'il était écarté au motif qu'il n'a pas satisfait en termes d'exécution dans le cadre d'un marché précédent ou qu'il n'a pas satisfait d'autres maîtres d'ouvrages (quid de la notion de références insuffisantes… ?) ?

Attention ! L'élimination doit reposer sur des critères objectifs ! Un candidat évincé pour manquement au titre d'autres marchés publics, mais qui satisferait aux exigences de références professionnelles prescrites par le règlement de la consultation ne serait pas privé de référé précontractuel.

Dommage et intérêts[44]

L'instance de recours accorde des dommages et intérêts aux personnes lésées par une des violations visées ci-dessus commise par l'autorité adjudicatrice et précédant la conclusion du marché, à condition que ladite instance considère comme établis tant le dommage que le lien causal entre celui-ci et la violation alléguée.

En procédure ouverte ou restreinte, lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée sur la seule base du prix, le marché doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, sous peine d'une indemnité forfaitaire fixée à dix pourcent du montant, hors taxe sur la valeur ajoutée, de cette offre. Cette indemnité forfaitaire est éventuellement complétée d'une indemnité en vue de la réparation de l'intégralité du dommage, lorsque celui-ci résulte d'un acte de corruption au sens de l'article 2 de la Convention civile sur la corruption, faite à Strasbourg le 4 novembre 1999.

L'indemnité réparatrice visée à l'article 11bis des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, constitue des dommages et intérêts ou une indemnité forfaitaire comme mentionné ici.

Durant l'exécution du marché : le tribunal de première instance belge

Concernant un conflit né de l'exécution du marché, c'est le tribunal de première instance belge qui sera compétent. Les CSC d'Enabel doivent mentionner que les tribunaux de Bruxelles sont seuls compétents.

Il y a lieu de signaler que des solutions à l'amiable peuvent être possibles, avant que le litige ne soit soumis à la justice[45].

44 Voir l'article 16 de la Loi Motivation.
45 Voir Template règlement à l'amiable

1.2 Objet et portée du marché

1.2.1 Nature du marché [46]

S'agit-il d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services ?

Trois types de marchés peuvent être distingués : les marchés de travaux, les marchés de fournitures et les marchés de services. Il existe par ailleurs des marchés mixtes.

Il est très important de faire la distinction entre tous ces types de marchés, car elle a pas mal de conséquences dans la pratique. Ainsi, dans le cadre d'une publication au niveau européen, les seuils pour les marchés de travaux diffèrent de ceux pour les marchés de fournitures et de services.

Marchés de travaux

Un marché public de travaux est un marché public ayant l'un des objets suivants[47]:

● soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution de travaux relatifs à l'une des activités mentionnées à l'annexe I de la Loi de 17 juin 2016;

● soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution d'un ouvrage;

● la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.

La notion d''ouvrage' est définie comme 'le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique[48].

Il s'agit ici d'activités dans le secteur du bâtiment et du génie civil, de la démolition, du génie civil (construction de routes, ponts, voies ferrées, etc.), de la construction d'immeubles (d'habitation et autres), d'entreprises d'installation ainsi que d'aménagement et de parachèvement.

Le pouvoir adjudicateur fixe les conditions auxquelles l'ouvrage doit satisfaire. L'ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir une fonction économique ou technique. Le résultat final est un bien immobilier.

La subdivision en lots de l'ouvrage (par exemple, la subdivision d'un centre administratif en gros œuvre, en dossiers techniques tels que les sanitaires et le chauffage, la finition comme les revêtements et les peintures) ne porte nullement préjudice à l'unité de l'ouvrage en tant que fonction économique ou technique : tous ces dossiers sont comptabilisés et font partie du même marché de travaux.

Par contre, si l'on attribue un marché tel que le dragage d'une partie d'un cours d'eau, la construction d'un canal, la construction d'une partie d'une autoroute etc., la question relative à l'unité de l'ouvrage en tant que fonction technique devient plus délicate. Par exemple, normalement, la pose d'une petite portion de revêtement sur une nouvelle route ne constitue pas une fonction technique distincte. Or, une réfection d'un petit tronçon

46 Voir les articles 2 et 20 – 24 de la Loi du 17 juin 2016.

47 art. 2, 18° de la Loi du 17 juin 2016
48 art. 2, 19° de la Loi du 17 juin 2016

d'autoroute peut constituer en soi déjà une tranche fonctionnelle si, au terme de la réfection, ladite route entre en ligne de compte pour une utilisation immédiate et satisfait aux besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur. La construction d'une sortie supplémentaire peut tout autant être considérée comme un ensemble technique.

Il n'y a que dans le cas de travaux que s'applique la réglementation imposant de travailler en principe avec des entrepreneurs immatriculés et agréés. L'agréation (esquissée dans les très grandes lignes et fortement simplifiée) implique qu'un entrepreneur immatriculé a pu prouver plusieurs marchés ainsi qu'un chiffre d'affaires, et ce, afin d'être agréé au sein d'une certaine catégorie (ou de plusieurs catégories) d'entrepreneurs[49].

Marchés de fournitures

Un marché public de fournitures est un marché public ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits, de biens mobiliers[50].

Marchés de services

Un marché public de services est un marché public ayant pour objet la prestation de services autres que ceux visés par les marchés publics de travaux[51].

La loi du 17 juin 2016[52] contient des exclusions spécifiques pour les marchés de services.

Ne sont pas soumis à l'application de la Loi du 17 juin 2016, les marchés publics de services ayant pour objet [53]:

● l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou concernant des droits sur ces biens;

● l'achat, le développement, la production ou la coproduction de matériel de programmes destiné à des services de médias audiovisuels ou radiophoniques qui sont passés par des fournisseurs de services de médias audiovisuels ou radiophoniques, ni aux marchés concernant les temps de diffusion ou la fourniture de programmes qui sont attribués à des fournisseurs de services de médias audiovisuels ou radiophoniques;

● les services d'arbitrage et de conciliation;

● certains services juridiques:

● certains services financiers;

● les prêts, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers;

● les contrats d'emploi;

● certains services de défense civile, de protection civile et de prévention des risques qui sont fournis par des organisations ou des associations à but non lucratif excepté les services ambulanciers de transport de patients;

● certains services publics de transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro;

49 Voir la Loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux
50 art. 2, 20° de la Loi du 17 juin 2016
51 art. 2, 21° de la Loi du 17 juin 2016
52 Art. 28 de la Loi du 17 juin 2016
53 art. 28 § 1 de la Loi du 17 juin 2016

● certains services liés aux campagnes politiques.

Néanmoins, les règles de passation auxquelles sont soumis les marchés visés ci-dessus, peuvent être déterminées dans un AR[54].

Il y a des règles spéciales pour certains services sociaux et d'autres services spécifiques énumérés à l'annexe III de la Loi du 17 juin 2016[55].

L'État fédéral, les Communautés et les Régions, et les pouvoirs adjudicateurs qu'ils désignent, peuvent réserver à certaines organisations le droit de participer à leurs procédures de passation de marchés publics respectives portant exclusivement sur les services de santé, sociaux ou culturels visés à l'article 88 de la Loi du 17 juin 2016 relevant des codes CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, de 85000000-9 à 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 et 98133110-8 [56].

Remarque importante concernant la distinction entre un membre du personnel et un consultant :

Enabel compte de nombreux types de membres du personnel : des membres du personnel sous contrat permanent ou à durée indéterminée, régi par la législation belge ou celle d'un autre pays (partenaire), et employés à temps plein ou à temps partiel, soit sur le terrain, soit au siège à Bruxelles. Conformément aux dispositions de la Loi Enabel, notre agence devrait de même compter du personnel statutaire. Le principe de base est que les membres du personnel sont toujours recrutés sur la base des dispositions légales applicables au personnel.

Enabel peut de même recruter et employer des membres du personnel sous contrat de travail conformément à la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, tout en tenant cependant compte de plusieurs règles particulières applicables en raison du caractère public d' Enabel. Dans ce contexte, Enabel doit respecter le principe d'égalité des chances et choisir le/la meilleur(e) candidat(e) sur la base de critères objectifs en recourant à une procédure prédéterminée.

Les membres du personnel deviennent donc des employés d' Enabel qui travaillent sous l'autorité, la direction et la supervision d'un supérieur ; leur salaire est soumis au régime de la sécurité sociale applicable aux employés et ils sont protégés par la législation sociale et du travail. Tout litige est réglé par un tribunal du travail ou un tribunal administratif.

Par comparaison, un consultant est indépendant ou il travaille pour le compte d'une tierce organisation. Il est engagé au terme d'une procédure de passation d'un marché public. Un consultant indépendant ne travaille pas sous l'autorité, la direction ou la supervision d' Enabel, mais il assume la responsabilité de l'atteinte de l'outcome (que ce soit à travers une obligation de moyens ou une obligation de résultats). Tout litige avec un consultant indépendant ou avec la tierce organisation se règlera soit devant un tribunal commercial soit devant un tribunal administratif. En d'autres termes, il existe une différence majeure, à tous les niveaux, entre des contrats de consultance et les tâches effectuées par un employé.

54 art. 28 § 2 de la Loi du 17 juin 2016
55 Voir les articles 88 – 90 de la Loi du 17 juin 2016 et l'article 4 § 2 de l'AR Passation
56 Voir l'article 91 de la Loi du 17 juin 2016

Marchés mixtes

Il y a différent types de marchés mixtes[57]:

● marchés mixtes ayant pour objet différents types de marchés relevant tous du « Titre 2. Marchés publics dans les secteurs classiques » de la Loi du 17 juin 2016[58];

Les marchés qui ont pour objet plusieurs types de marchés relevant tous du « Titre 2. Marchés publics dans les secteurs classiques » de la Loi du 17 juin 2016, sont passés conformément aux dispositions applicables au type de marché qui constitue l'objet principal du marché en question.

Exemple 1 – marchés publics de travaux : la rénovation d'un théâtre ou d'une école avec fourniture des matériaux ; la pose de radiateurs dans une nouvelle construction ; la pose d'une cuisine encastrée sur mesure.

Exemple 2 – marchés public de fournitures : la fourniture et la pose dans la cuisine de plusieurs armoires distinctes, produites en série, ainsi que de l'équipement permettant de faire la vaisselle.

En ce qui concerne les marchés mixtes portant à la fois sur des services et sur des fournitures ou les marchés mixtes portant à la fois sur des services sociaux et autres services spécifiques au sens du chapitre 6 de la Loi du 17 juin 2016, et sur d'autres services, l'objet principal est déterminé en fonction de la valeur la plus élevée des valeurs estimées respectives des fournitures ou des services. Un marché public ayant pour objet la fourniture de produits ou la prestation de services et, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation, est respectivement considéré comme un marché public de fournitures ou de services.

Exemple 1 : un contrat pour l'entretien d'une photocopieuse. En règle générale, ce type de contrat constitue un marché de services, sauf si le contrat d'entretien fait partie de l'achat (ou de la location) de la machine. Dans le cas où le coût de l'entretien s'élève à moins de 50 % de la valeur du coût global estimé, il y a lieu de qualifier le marché comme marché de fournitures.

Exemple 2 : un marché occasionnel en vue de réparer un PC. Si le prix des heures de travail dépasse celui des pièces de rechange, il s'agit alors d'un marché de services.

● marchés mixtes qui ont à la fois pour objet des marchés relevant du « Titre 2. Marchés publics dans les secteurs classiques » de la Loi du 17 juin 2016 et des marchés relevant d'autres régimes juridiques[59];

● marchés mixtes ayant trait à des aspects de défense et de sécurité[60].

1.2.2 Objet du marché

Le but de cette clause est de décrire en détail l'objet du marché en question et d'indiquer le code CPV qui lui correspond.

Quelques exemples de travaux[61] :

57 art. 20 – 24 de la Loi du 17 juin 2016
58 art. 20 de la Loi du 17 juin 2016
59 art. 21-22 de la Loi du 17 juin 2016
60 art. 23-24 de la Loi du 17 juin 2016
61 Pour une liste exhaustive des travaux : voir annexe loi 17 juin 2016

● la pose de glissières de sécurité ;

● la location d'un immeuble de bureaux devant encore être construit qui répond aux souhaits préalablement définis par l'administration ;

● la construction d'un bâtiment public.

Quelques exemples de fournitures :

● la location d'une photocopieuse ;

● fourniture de PC ;

● *la fourniture de papier imprimé.*

Quelques exemples de services :

● le nettoyage de bureaux ;

● le service d'hiver sur les routes ;

● la rédaction de brochures ;

● la réalisation de plans par un bureau d'architectes ;

● les prestations fournies par un bureau de sélection ;

● la mise à disposition de personnel intérimaire ;

● les services de traduction.

Code CPV (*Common Procurement Vocabulary – cf. R*èglement CE nr 2195/2002*)* = Système européen de classification unique pour les marchés publics visant à standardiser les références utilisées pour décrire l'objet d'un marché.

L'identification du CPV adéquat est nécessaire pour la publication des avis de marchés.

Vous trouverez une liste exhaustive de ces codes à l'adresse http://simap.ted.europa.eu/web/simap/cpv

1.2.3 Lots [62]

Il y a lieu de déterminer si le marché est subdivisé en lots ou en postes.

Un lot est défini comme : la subdivision d'un marché susceptible d'être attribuée séparément, en principe en vue d'une exécution distincte.

Le pouvoir adjudicateur peut décider de passer un marché sous la forme de lots distincts, auquel cas il en fixe la nature, le volume, l'objet, la répartition et les caractéristiques dans les documents du marché.

Obligation de subdiviser en plusieurs lots lorsque le montant est supérieur au seuil européen

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2016, pour les marchés de fournitures, de services et de travaux dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil européen (voir ci-après et tableau Procurement), tous les pouvoirs adjudicateurs doivent envisager la

62 articles 2, 52° et 58 de la Loi et les articles 49 et 50 de l'AR Passation

division du marché en lots et, s'ils décident de ne pas diviser en lots, les raisons principales doivent être mentionnées dans les documents du marché[63].

Si le pouvoir adjudicateur choisit de passer un marché sous la forme de lots distincts, il a le droit de n'en attribuer que certains et, éventuellement, de décider que les autres lots feront l'objet d'un ou de plusieurs nouveaux marchés, au besoin selon une autre procédure de passation.

Dans l'avis de marché, ainsi que dans le CSC, le pouvoir adjudicateur indique s'il est possible de soumettre une offre pour un seul lot, pour plusieurs lots ou pour tous les lots.

Le pouvoir adjudicateur peut, même lorsqu'il est possible de soumettre une offre pour plusieurs lots ou tous les lots, limiter le nombre de lots qui peuvent être attribués à un seul soumissionnaire, à condition que le nombre maximal de lots par soumissionnaire soit inscrit dans l'avis de marché. Le pouvoir adjudicateur indique dans les documents du marché les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'il entend appliquer pour déterminer quels lots seront attribués lorsque l'application des critères d'attribution conduirait à attribuer à un soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal.

1.2.4 Postes

En plus de la détermination des lots éventuels, il y a en outre lieu de déterminer les différents postes prévus dans le cadre du marché (ou les différents postes qui composent chaque lot si il s'agit d'un marché divisé en lot).

Un poste consiste en une subdivision d'un marché (comme un lot), mais cette subdivision ne peut pas être attribuée séparément (contrairement au lot).

Le soumissionnaire est obligé de remettre un prix pour chaque poste qui se trouve dans un même lot s'il s'agit d'un marché divisé en lots, ou de remettre prix pour tous les postes du marché, si le marché n'est pas divisé en lots.

1.2.5 Durée du marché [64]

Différence entre durée d'un marché et délai d'exécution ou de livraison

Durée du marché = durée du contrat

Début = soit le lendemain date de notification d'attribution, soit à la date mentionnée dans CSC ou qui est fixée dans la lettre de notification ;

Fin = après la réception définitive, qui est le document qui acte la fin des obligations contractuelles de l'adjudicataire.

Délai d'exécution ou de livraison = le délai fixé pour l'exécution de l'objet du marché, hors période de préparation ou mobilisation éventuellement prévue ainsi que des périodes prévues pour la/les réception(s) et de garantie.

- soit la date de début et date de fin est mentionnée dans le CSC ;

63 ou dans les informations visées à l'article 164, § 1er pour les accords-cadres ou système d'acquisition dynamique
64 Ne pas confondre durée du marché et délai d'exécution.

- soit le délai d'exécution prend cours le lendemain de la date de notification d'attribution du marché et expire à la réception définitive.

Attention ! pour les marchés de Travaux, un délai de mobilisation non compressible entre la notification et le démarrage des travaux est prévu dans l'AR exécution (article 76).

Possibilité de reconduction et limite de cette possibilité dans le temps

En vertu de l'article 57 de la Loi du 17 juin 2016, dès sa conclusion, un marché peut comporter une ou plusieurs reconductions, selon les modalités mentionnées dans les documents du marché initiaux. La durée totale, y compris les reconductions, ne peut en règle générale pas dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché. La reconduction ne peut pas non plus donner lieu à un changement de la nature globale du marché.

Reconductions

Dès sa conclusion, un marché peut comporter une ou plusieurs reconductions, selon les modalités mentionnées dans les documents du marché initiaux. La durée totale, y compris les reconductions, ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché.

La reconduction ne peut pas donner lieu à un changement de la nature globale du marché.

Les clauses prévues au présent article doivent être rédigées de manière claire, précise et univoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des éventuelles conséquences qui peuvent en résulter ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage[65].

Travaux ou prestations similaires?

Dans le cas d'un marché public de travaux ou de services, lorsque des travaux ou services nouveaux consistant dans la répétition de travaux ou services similaires sont attribués à l'adjudicataire du marché initial par le même pouvoir adjudicateur, à condition que ces travaux ou services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial passé selon une des procédures visées à l'article 35, alinéa 1er.

Le projet de base précise l'étendue des travaux ou des services supplémentaires possibles, et les conditions de leur attribution. Toutefois, la possibilité de recourir à cette procédure doit être indiquée dès la mise en concurrence du premier marché et le montant total envisagé pour les travaux ou les services supplémentaires doit déjà dès ce moment être pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour déterminer si les seuils fixés pour la publicité européenne sont ou non atteints. La décision d'attribution des marchés répétitifs doit en outre intervenir dans les trois ans après la conclusion du marché initial.

65 Article 57 al. 2 et 3 de la loi de 2016

Fournitures complémentaires ? [66]

Dans le cas d'un marché public de fournitures, lorsque des fournitures complémentaires sont à effectuer par le fournisseur initial et sont destinées, soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées.

La durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut pas, en règle générale, dépasser quatre ans.

1.2.6 Variantes [67]

Une **variante** est définie comme un mode alternatif de conception ou d'exécution qui est introduit soit à la demande de l'adjudicateur, soit à l'initiative du soumissionnaire.

Il est possible que, même après avoir procédé à une analyse de marché, vous ne soyez pas certain que des variantes – vertes, par exemple – existent pour les produits, services ou travaux que vous souhaitez acquérir ou que vous n'ayez toujours aucune certitude quant à leur qualité ou leur prix.

Il peut s'avérer, dans ce cas, intéressant, de demander aux soumissionnaires potentiels de remettre des offres (vertes). Cela signifie que vous établissez une série minimale de spécifications techniques pour le produit que vous voulez acheter, qui s'appliqueront aussi bien à l'offre neutre ou « de base » qu'à sa variante (verte).

Le pouvoir adjudicateur peut autoriser les soumissionnaires à introduire des variantes ou leur imposer de le faire. Pour pouvoir accepter des variantes dans une procédure de marché public, vous devez indiquer au préalable dans les documents du marché :

- que les variantes seront acceptées (« variante facultative ») ou même obligatoires (« variantes obligatoires »)[68]. À défaut d'une telle mention, aucune variante ni option ne sera autorisée. Pour les marchés dont la valeur estimée est inférieure aux seuils européens, les soumissionnaires peuvent également, par dérogation et en l'absence de clause contraire dans les documents de marché, introduire des variantes sans que l'avis de marché ou les documents de marché ne le mentionnent. Ces variantes sont appelées des « variantes libres » ;

- les spécifications (environnementales) minimales auxquelles doivent satisfaire les variantes. L'obligation de mentionner des exigences minimales et spécifiques relatives à l'introduction ne s'applique pas aux variantes libres ;

- les exigences particulières liées à la présentation de variantes dans les offres (comme par exemple le fait d'exiger une enveloppe séparée indiquant qu'il s'agit d'une variante. Il est important que chaque variante soit distinctement séparée des autres variantes éventuelles et de son offre de base, ceci afin d'éviter toute ambiguïté qui pourrait mener à l'exclusion de l'offre du soumissionnaire. Demandez aussi que les soumissionnaires indiquent clairement dans leur offre en quoi la variante est plus ou moins avantageuse que les autres variantes et que l'offre de

66 Article 42 § 1er, 4 °, b) de la loi de 2016
67 Voir les articles 2, 53° et 56 de la Loi du 17 juin 2016 et l'article 87 de l'AR Passation
68 (voir la clause dans nos modèles de CSC où vous devez indiquer si des variantes sont autorisées ou non)

base ;

– le pouvoir adjudicateur mentionne dans les documents de marché si des variantes ne peuvent être introduites qu'à condition qu'une offre de base soit également déposée.

Voir aussi infra pour des détails applicables aux offres en vertu du droit belge et du http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_fr.pdf

Les variantes sont liées à l'objet du marché.

Le pouvoir adjudicateur garantit que les critères d'attribution sélectionnés peuvent s'appliquer aux variantes exigées et autorisées qui satisfont aux prescriptions minimales ainsi qu'aux offres de base.

Pour les procédures de passation de marchés publics de fournitures ou de services, le pouvoir adjudicateur ne rejette pas une variante au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, soit à un marché de services au lieu d'un marché de fournitures, soit à un marché de fournitures au lieu d'un marché de services.

Concernant les variantes facultatives, il est conseillé d'en limiter le nombre sous peine de surcharge de travail[69].

En cas de variantes exigées ou autorisées, l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée d'après un classement unique des offres de base et de celles relatives aux variantes, conformément à l'article 81 de la Loi du 17 juin 2016.

Si des variantes libres sont proposées le pouvoir adjudicateur détermine celles qu'il ne retiendra pas. L'alinéa précédent s'applique pour les variantes libres que le pouvoir adjudicateur retient.

1.2.7 Options [70]

Options – postes optionnels

Une option est définie comme un élément accessoire et non strictement nécessaire à l'exécution du marché, qui est introduit à la demande de l'adjudicateur (soit à l'initiative du soumissionnaire sous les seuils européens)

Dans le cadre d'un marché, et si son budget le lui permet déduction faite du coût dudit marché, un pouvoir adjudicateur peut désirer acquérir un accessoire, un service ou un travail complémentaire (par exemple : fourniture d'ordinateurs assortie, si cela est budgétairement possible, d'une formation).

Au moment de la rédaction du CSC, le pouvoir adjudicateur ne sait donc pas encore si le budget dont il dispose sera suffisant pour ce complément.

Les options ne peuvent pas être introduites sans offre de base. Les documents de marché doivent faire mention de cette dernière obligation.

Les options sont présentées dans une partie séparée de l'offre.

69 Par exemple, mentionner dans le CSC : « Le soumissionnaire est autorisé à proposer une variante facultative quant à la matière utilisée pour la fabrication des pieds des tables de réunion. Cette variante devra, sous peine de nullité absolue, respecter les exigences minimales du présent CSC »
70 Voir les articles 2, 54° et 56 de la Loi du 17 juin 2016 et les articles 48 et 87 de l'AR Passation.

Lorsque l'option est exigée, le non-respect de ses exigences minimales entraîne tant l'irrégularité substantielle de l'option, que celle de l'offre de base.

Lorsque l'option est autorisée, le non-respect de ses exigences minimales n'entraîne pas en soi l'irrégularité de l'offre de base.

Lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est uniquement évaluée sur la base du prix ou des coûts, les soumissionnaires ne peuvent attacher ni supplément de prix, ni aucune autre contrepartie à la présentation d'une option libre ou autorisée.

Le pouvoir adjudicateur retient les options exigées ou autorisées et décide des options libres qu'il retient pour déterminer le soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse. En cas d'options exigées, autorisées ou libres retenues par le pouvoir adjudicateur, l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée sur la base de l'ordre de classement des offres, majorées des avantages économiques offerts par les options.

Lorsqu'un soumissionnaire a lié un supplément de prix ou une autre contrepartie à une option libre ou autorisée, celle-ci n'est pas prise en considération pour autant que ce soit possible, à défaut de quoi son offre comporte une irrégularité qui doit être vérifiée[71].

Le pouvoir adjudicateur n'est jamais obligé de lever une option, ni lors de la conclusion, ni pendant l'exécution du marché.

Le montant des postes optionnels doit aussi être pris en compte pour le calcul de la valeur du marché.

1.2.8 Quantités

Quantités présumées versus quantités minimales

Les quantités présumées désignent les quantités qui ont été estimées par l'Adjudicateur dans le cadre des marchés de travaux à bordereaux de prix. C'est sur base de ces quantités présumées qui ont été indiquées dans le csc que le soumissionnaire a remis prix.

Suite à l'exécution du marché, ce seront les quantités réellement mises en œuvre qui seront payées à l'adjudicataire (en multipliant les quantités réellement exécutées par le prix unitaire qui aura été fixé par l'adjudicataire dans son offre).

La notion de quantité présumée est utilisée pour réaliser le « jeu des quantités » prévu à l'article 81 de l'AR exécution : « *Lorsque, indépendamment de toute modification apportée au marché par l'adjudicateur, les quantités réellement exécutées d'un poste à bordereau de prix dépassent le triple des quantités présumées ou sont inférieures à la moitié de ces quantités, chacune des parties peut demander la révision des prix unitaires et des délais initiaux.* »

Les quantités minimales désignent quant à elle les quantités que l'Adjudicateur s'engage (dans le CSC) à commander d'une manière ferme. La notification de l'attribution du marché à l'adjudicataire lui ouvre donc le droit d'exécuter les quantités minimales fixées dans le CSC.

Importance de s'engager comme pouvoir adjudicateur à des quantités minimales ?

71 conformément à l'article 76 de l'AR Passation

Il est important pour l'Adjudicateur de s'engager de manière ferme pour les quantités qu'il est certain de commander (quantités minimales) afin d'obtenir un prix compétitif, dans le cadre de la mise en concurrence, qui correspond au prix offert par le marché pour le volume à pourvoir. (Le prix unitaire offert par un Adjudicataire ne sera effectivement pas le même selon que l'Adjudicataire s'engage à commander une seule unité ou mille unités.)

Tranches fermes et tranches conditionnelles [72]

Tranches fermes / tranches conditionnelles : Lorsque le pouvoir adjudicateur en démontre la nécessité, il peut recourir à un marché fractionné en une ou plusieurs tranches fermes et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Bien que la conclusion du marché porte sur l'ensemble du marché, elle n'engage le pouvoir adjudicateur que pour les tranches fermes. L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur portée à la connaissance de l'adjudicataire selon les modalités prévues dans les documents du marché initiaux. L'exécution de la tranche conditionnelle ne peut pas changer la nature globale du marché.

Fournitures complémentaires

Voir supra – durée du marché[73].

72 art. 57 de la Loi
73 Article 42 § 1er, 4 °, b) de la loi de 2016

1.3 Procédure

1.3.1 Modes de passation

1.3.1.1. Divers modes de passation prévus par la Loi

La réglementation prévoit que la passation des marchés publics se fait selon l'une des procédures reprise ci-après, suite à la publication d'un avis de marché [74]:

1° la procédure ouverte;

2° la procédure restreinte;

3° la procédure concurrentielle avec négociation (selon les conditions fixées à l'article 38 de la loi);

4° le dialogue compétitif (selon les conditions fixées à l'article 39 de la loi;

5° le partenariat d'innovation (selon les conditions fixées à l'article 40 de la loi;

6° la procédure négociée directe avec publication préalable (selon les conditions fixées à l'article 41 de la loi).

La réglementation prévoit toutefois une série de cas et circonstances (expressément visés à l'article 42 de la loi) dans lesquels les marchés peuvent être passés par procédure négociée sans publication d'un avis de marché préalable.

La loi du 17 juin 2016[75], l'AR Passation[76] et l'AR Exécution[77] prévoient par ailleurs un régime particuliers pour les marchés publics de faible montant : les 'petits achats'.

1.3.1.2 Marchés publics de faible montant : les 'petits achats'

La loi du 17 juin 2016[78] prévoit que les marchés dont le montant estimé est inférieur à 30.000 euros sont uniquement soumis:

● aux dispositions du « Titre 1er. Disposition introductive, définitions et principes généraux » de la Loi du 17 juin 2016 à l'exception des « Paiement pour service fait et acceptées [79]» et « Règles applicables aux moyens de communication[80] » de la Loi du 17 juin 2016. Les principes généraux de la Loi du 17 juin 2016 restent donc d'application ;

● aux dispositions relatives au champ d'application ratione personae et ratione materiae visé au « Chapitre 1er. Champ d'application » du «Titre 2. Marchés publics dans les secteurs classiques » de la Loi du 17 juin 2016.

De l'AR Passation, seules les dispositions relatives à « l'estimation du montant du marché [81]» et aux « Marchés publics de faible montant [82]» sont d'application[83].

74 Art. 35 de la Loi de 2016
75 Art. 92 de la loi de 2016
76 Art. 4 § 3, 6, 7 et 124 de l'AR Passation
77 Art. 5 et 6 § 4 de l'AR exécution
78 Art. 92 de la loi de 2016
79 Art. 12 de la loi de 2016
80 Art. 14 de la loi de 2016
81 Art. 6 et 7 de la loi de 2016

Le pouvoir adjudicateur passe son marché après consultation, si possible, des conditions de plusieurs opérateurs économiques mais sans obligation de demander l'introduction d'offres.

La preuve de cette consultation doit pouvoir être fournie par le pouvoir adjudicateur.

Une simple consultation, en vue de connaître les conditions d'un éventuel achat, suffit. Il appartient cependant au pouvoir adjudicateur de prouver qu'il a satisfait à son obligation de principe de mise en concurrence. Dans cette optique, il est recommandé de conserver la preuve dans le dossier administratif, éventuellement dématérialisé. Bien qu'elle soit non obligatoire, une offre peut également explicitement être demandée, et ce de la manière la plus simple (e-mail etc.). Cela facilite la charge de la preuve, permet de mieux encadrer les conditions de l'achat, de réduire les incertitudes quant à l'engagement de l'opérateur économique et conduit souvent à obtenir des offres davantage personnalisées ou plus avantageuses. A toutes fins utiles, il convient de rappeler que dans certaines situations exceptionnelles, il n'est pas nécessaire de consulter plusieurs opérateurs économiques (par exemple une situation de monopole).

L'AR Exécution n'est pas applicable aux marchés dont le montant estimé n'atteint pas 30.000 euros. Or, les documents du marché peuvent rendre applicables des dispositions qui ne le sont pas obligatoirement.

Ces marchés peuvent être conclus par facture acceptée. Dans ce cas, les conditions générales de vente du soumissionnaire (délai de paiement, intérêts moratoires etc.) interviendront dans les droits et obligations respectifs. La personne qui réceptionne la livraison ou qui doit approuver la prestation, indique sur la facture « vu pour réception » ou « vu pour exécution » ainsi que son nom, la date et sa signature. La personne compétente pour donner l'ordre de paiement indique en regard du nom, de la date et de la signature, « bon à payer ».

1.3.1.3 Procédure négociée sans publication préalable : 'PNSP' [84]

La procédure négociée sans publication préalable est la procédure de passation dans laquelle le pouvoir adjudicateur demande une offre aux opérateurs économiques de son choix et peut négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

Il ne peut être traité par procédure négociée sans publication préalable, mais si possible après consultation de plusieurs opérateurs économiques, que dans les cas suivants:

● dans le cas d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services, lorsque:

● la dépense à approuver, hors taxe sur la valeur ajoutée, est inférieure aux montants indiqués aux art. 90 - et 11, alinéa 1er, 2° - de l'AR Passation[85], c'est-à-dire 144.000 € HTVA à ce jour ;

● dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur ne permet pas de respecter les délais exigés par la procédure ouverte, restreinte ou concurrentielle avec négociation. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne peuvent, en aucun cas, être

82 Art. 124 de la loi de 2016
83 Art 4 § 3 de l'AR Passation
84 Voir les articles 2, 26° et 42 de la Loi du 17 juin 2016 et les articles 90, 93 et 94 de l'AR Passation.

85 à ce jour ce montant s'élève à 144.000 € HTVA

imputables au pouvoir adjudicateur;

● aucune demande de participation ou demande de participation appropriée, aucune offre ou offre appropriée n'a été déposée à la suite d'une procédure ouverte ou restreinte, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et, pour les marchés dont le montant est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne à sa demande. Une demande de participation n'est pas considérée comme appropriée lorsque l'opérateur économique concerné doit ou peut être exclu en vertu de l'article 67 à 70 de la Loi du 17 juin 2016 ou ne remplit pas les critères de sélection établis par le pouvoir adjudicateur en vertu de l'article 71 de la Loi du 17 juin 2016. Une offre n'est pas considérée comme appropriée lorsqu'elle est sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences du pouvoir adjudicateur spécifiés dans les documents du marché.

● les travaux, fournitures ou services ne peuvent, être fournis que par un opérateur économique déterminé pour l'une des raisons suivantes:

– l'objet du marché est la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique;

– il y a absence de concurrence pour des raisons techniques;

– la protection de droits d'exclusivité, en ce compris les droits de propriété intellectuelle.

Les exceptions indiquées aux deux derniers points ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des conditions du marché;

● dans le cas d'un marché public de travaux ou de services, lorsque des travaux ou services nouveaux consistant dans la répétition de travaux ou services similaires sont attribués à l'adjudicataire du marché initial par le même pouvoir adjudicateur, à condition que ces travaux ou services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial passé selon une des procédures visées à l'article 35, alinéa 1er de la Loi du 17 juin 2016. Le projet de base précise l'étendue des travaux ou des services supplémentaires possibles, et les conditions de leur attribution. Toutefois, la possibilité de recourir à cette procédure doit être indiquée dès la mise en concurrence du premier marché et le montant total envisagé pour les travaux ou les services supplémentaires doit déjà dès ce moment être pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour déterminer si les seuils fixés pour la publicité européenne sont ou non atteints. La décision d'attribution des marchés répétitifs doit en outre intervenir dans les trois ans après la conclusion du marché initial;

● des fournitures ou de services sont achetés à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs, des mandataires chargés d'un transfert sous autorité de justice ou liquidateurs d'une faillite, d'une réorganisation judiciaire ou d'une procédure de même nature existant dans les législations ou réglementations nationales;

● dans le cas d'un marché public de fournitures, lorsque:

– les produits concernés sont fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, cette disposition ne comprenant pas la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les

frais de recherche et de développement;

– des fournitures complémentaires sont à effectuer par le fournisseur initial et sont destinées, soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. La durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut pas, en règle générale, dépasser trois ans;

– il s'agit de fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières;

● dans le cas d'un marché public de services, lorsque le marché de services considéré fait suite à un concours et doit, conformément aux règles y applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats de ce concours. Dans ce dernier cas, tous les lauréats doivent être invités à participer aux négociations.

La Loi du 17 juin 2016 exige une consultation de plusieurs opérateurs économiques, mais ne prévoit pas de minimum. Un minimum de trois à cinq sociétés nous paraît raisonnable, bien que ce nombre puisse varier en fonction du nombre d'acteurs présents dans le secteur d'activités concerné par la procédure.

Lorsque plusieurs opérateurs économiques sont consultés, ceux-ci sont invités simultanément et par écrit à présenter une offre.

Déroulement des négociations dans une PNSP

Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées en vue d'améliorer leur contenu.

Les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations. Pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils européens (art. 11 de l'AR Passation), les exigences minimales ne font pas non plus l'objet de négociations. Pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils européens, les exigences minimales peuvent être négociées, pour autant que cette possibilité ne soit pas exclue dans les documents du marché.

Sauf disposition contraire dans les documents du marché, ne sont pas applicables à la procédure négociée sans publication préalable pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils européens[86]:

● l'article 69 de la Loi du 17 juin 2016 concernant les motifs d'exclusion facultatifs;

● l'article 71 de la Loi du 17 juin 2016 concernant les critères de sélection ;

● les articles 65 à 70 de l'AR Passation concernant les critères de sélection.

Par ailleurs, sauf disposition contraire dans les documents du marché, l'article 81 de la Loi du 17 juin 2016 concernant les critères d'attribution[87] n'est pas d'application lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable dans les cas suivants:

● les divers cas dans lesquels seul un opérateur économique peut être consulté indépendamment du montant estimé ;

● dans le cas de l'urgence impérieuse, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur

86 Art. 11 de l'AR Passation
87 Dont l'obligation de se fonder sur l'offre économiquement la plus avantageuse pour attribuer les marchés publics

aux seuils européens ;

● lorsqu'il s'agit de fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils européens ;

● lorsqu'il s'agit d'acquisitions de fournitures ou de services achetés à des conditions particulièrement avantageuses, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils européens, ainsi que, le cas échéant, pour les achats d'opportunité.

Les offres spontanées sont rejetées par le pouvoir adjudicateur, sauf décision contraire expressément motivée.

1.3.1.4 Procédure négociée directe avec publication préalable : 'PNDAP' [88]

La procédure négociée directe avec publication préalable est la procédure de passation dans laquelle tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre en réponse à un avis de marché et dans laquelle l'adjudicateur peut négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux,

Les marchés publics ne peuvent être passés par procédure négociée directe avec publication préalable que dans les cas suivants:

● pour les fournitures et les services dont le montant estimé est inférieur aux seuils européens[89] :

● pour les travaux dont le montant estimé est inférieur à 750.000 euros.

L'offre est assortie des informations aux fins de la sélection réclamées par le pouvoir adjudicateur.

Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées, à l'exception des offres finales, en vue d'améliorer leur contenu. Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de ne pas négocier, l'offre initiale vaut comme offre définitive.

<u>Déroulement des négociations dans la procédure négociée directe avec publication préalable</u>[90]

Les exigences minimales et les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations.

Au cours de la négociation, le pouvoir adjudicateur assure l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. A cette fin, il ne donne pas d'information discriminatoire, susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres. Il informe par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées dans le cas où la procédure se déroule en phases successives, de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents du marché, (autres que ceux qui définissent les exigences minimales, lesquelles ne peuvent pas être modifiées). À la suite de ces changements, le pouvoir adjudicateur prévoit suffisamment de temps pour permettre aux soumissionnaires de modifier leurs offres et de les présenter à nouveau s'il y a lieu.

88 Voir les articles 2, 29° et 41 de la Loi du 17 juin 2016 et l'AR Passation.
89 art. 11 de l'AR Passation
90 Voir les articles 38 et 41 de la Loi du 17 juin 2016.

Le pouvoir adjudicateur ne révèle pas aux autres participants les informations confidentielles communiquées par un candidat ou un soumissionnaire participant aux négociations, sans l'accord écrit et préalable de celui-ci. Cet accord ne revêt pas la forme d'une renonciation générale mais vise des informations précises dont la communication est envisagée.

La procédure peut se dérouler en phases successives de manière à limiter le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution précisés dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché. Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché, s'il fera usage de cette possibilité.

Lorsque le pouvoir adjudicateur entend conclure les négociations, il en informe les soumissionnaires restant en lice et fixe une date limite commune pour la présentation d'éventuelles offres nouvelles ou révisées (« BAFO », « best and final offer »). Il vérifie que les offres finales répondent aux exigences minimales fixées dans le csc et que l'offre provient d'un soumissionnaire qui n'est pas exlu du marché et qui répond aux crit ères de sélection[91], il évalue les offres finales sur la base des critères d'attribution et il attribue le marché en vertu des articles 79 à 84 de la Loi du 17 juin 2016.

En tout état de cause, le pouvoir adjudicateur devra obligatoirement motiver les décisions qu'il aura prises tout au long de la procédure. Aussi, il est fortement conseillé de reprendre, au jour le jour et par écrit, la teneur de ces décisions accompagnées de leur motivation. La rédaction de la décision motivée se fera par la suite d'autant plus facilement.

1.3.1.5 La procédure ouverte [92]

Dans une procédure ouverte, tout opérateur économique intéressé peut soumettre une offre en réponse à un avis de marché.

Le délai minimal de réception des offres est de trente-cinq jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché[93].

L'offre est assortie des informations aux fins de la sélection réclamées par le pouvoir adjudicateur.

Le marché est attribué après analyse des offres en ce qui concerne les exigences de sélection et de la comparaison des offres des candidats sélectionnés (comprenant la régularité des offres et l'examen au regard des critères d'attribution). Aucune négociation n'est autorisée.

Les modalités procédurales additionnelles relatives à la procédure ouverte sont fixées dans l'AR passation[94].

1.3.1.6 La procédure restreinte [95]

La procédure restreinte est la procédure de passation à laquelle tout opérateur économique intéressé peut demander à participer en réponse à un avis de marché et dans laquelle seuls les candidats sélectionnés par l'adjudicateur peuvent présenter une offre.

91 Respect de l'art. 66 § 1er de la loi du 17 juin 2016
92 Voir les articles 2, 22° et 36 de la Loi du 17 juin 2016 et l'AR Passation
93 Ce délai peut être réduit à 15 jours dans le cas de la publication d'un avis de pré information – voir les conditions fixées au §2 de l'article 36 de la loi ainsi que la possibilité de réduction du délai prévue au § 4 dans le cas de la soumission des offres par voie électronique
94 Voir notamment le titre 2 de l'AR passation – Attribution en procédure ouverte et en procédure retreinte
95 Voir les articles 2, 23° et 37 de la Loi du 17 juin 2016 et l'AR Passation.

L'avis de marché publié contient donc les informations aux fins de la sélection réclamées par le pouvoir adjudicateur.

Les demandes à participation sont analysées et les candidats sont sélectionnés suite à une procédure de sélection (comprenant la vérification des motifs d'exclusion et les critères de sélection). Le pouvoir adjudicateur peut limiter le nombre de candidats qui seront invités à participer à la procédure.

Seuls les opérateurs économiques invités à le faire par le pouvoir adjudicateur à la suite de l'évaluation par celui-ci des informations fournies peuvent soumettre une offre.

Les documents de marchés concernant l'attribution ne sont donc adressés qu'aux candidats invités à soumettre une offre. Le marché est attribué après analyse et comparaison des offres des candidats sélectionnés (comprenant la régularité des offres et la vérification des critères d'attribution). Aucune négociation n'est autorisée. Les modalités procédurales additionnelles relatives à la procédure ouverte sont fixées dans l'AR passation [96]

1.3.1.7 La procédure concurrentielle avec négociation : 'PCN' [97]

La procédure concurrentielle avec négociation est la procédure de passation à laquelle tout opérateur économique intéressé peut demander à participer en réponse à un avis de marché, dans laquelle seuls les candidats sélectionnés peuvent présenter une offre, les conditions du marché pouvant ensuite être négociées avec les soumissionnaires, et qui s'applique uniquement aux marchés relevant du champ d'application du « Titre 2. Marchés publics dans les secteurs classiques » de la Loi du 17 juin 2016.

Le pouvoir adjudicateur peut appliquer une procédure concurrentielle avec négociation dans les cas suivants:

● pour les travaux, fournitures ou services remplissant un ou plusieurs des critères suivants:

● les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles;

● ils incluent la conception ou les solutions innovantes;

● le marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent;

● le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique au sens de l'article 2, 45° à 48° de la Loi du 17 juin 2016 ;

● l'accès du marché est réservé en application de l'article 15 de la Loi du 17 juin 2016 et le montant estimé du marché hors taxe sur la valeur ajoutée est inférieur aux seuils européens (art. 11 de l'AR Passation);

96 ibidem
97 Voir les articles 2, 24° et 38 de la Loi du 17 juin 2016 et l'AR Passation.

● le montant estimé du marché hors taxe sur la valeur ajoutée est inférieur à (art. 91 de l'AR Passation):

– 750.000 euros pour les marchés de travaux;

– 144.000 euros pour les marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs fédéraux visés à l'annexe 2, partie A, et pour les concours organisés par ceux-ci; en ce qui concerne les marchés publics de fournitures passés par des pouvoirs adjudicateurs fédéraux qui opèrent dans le domaine de la défense, ce seuil ne s'applique qu'aux marchés concernant les produits visés à l'annexe 2, partie B;

– 221.000 euros pour les marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs non visés au 2° et pour les concours organisés par ceux-ci; ce seuil s'applique également aux marchés publics de fournitures passés par des pouvoirs adjudicateurs fédéraux opérant dans le domaine de la défense, lorsque ces marchés concernent des produits non visés à l'annexe 2, partie B;

● pour les travaux, les fournitures ou les services pour lesquels, en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il inclut dans la procédure tous les soumissionnaires, et seulement les soumissionnaires, qui satisfont aux critères visés aux articles 67 à 78 de la Loi du 17 juin 2016 et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte antérieure, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation. S'il n'inclut pas dans la procédure tous lesdits soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur sera par contre tenu de publier un avis de marché. Néanmoins, lorsque la première procédure n'a pas été obligatoirement soumise à la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur peut, en vue d'élargir la concurrence, consulter en outre les opérateurs économiques qui, selon lui, peuvent répondre aux exigences en matière de sélection, que ceux-ci aient ou non remis une offre régulière ou n'aient pas remis une offre dans le cadre de la première procédure. En pareil cas, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché.

Dans leurs demandes de participation en réponse à l'avis de marché, les candidats fournissent les informations aux fins de la sélection qui sont réclamées par le pouvoir adjudicateur.

Dans les documents du marché, le pouvoir adjudicateur définit l'objet du marché en fournissant une description de ses besoins et des caractéristiques requises des fournitures, travaux ou services faisant l'objet du marché et précise les critères d'attribution du marché. Il indique également les éléments de la description qui fixent les exigences minimales que doivent respecter toutes les offres.

Les informations fournies sont suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée du marché et de décider de demander ou non à participer à la procédure.

Seuls les opérateurs économiques ayant reçu une invitation du pouvoir adjudicateur à la suite de l'évaluation par celui-ci des informations fournies peuvent soumettre une offre initiale, qui sert de base aux négociations ultérieures. Le pouvoir adjudicateur peut limiter le nombre de candidats qui seront invités à participer à la procédure.

Le pouvoir adjudicateur négocie avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées, à l'exception des offres finales, en vue d'améliorer leur contenu. Le pouvoir adjudicateur peut néanmoins attribuer des marchés

sur la base des offres initiales sans négociation, lorsqu'il a indiqué, dans l'avis de marché, qu'il se réserve la possibilité de le faire. Lorsque le pouvoir adjudicateur s'est réservé le droit de ne pas mener des négociations dans l'avis de marché et qu'il en fait usage, l'offre initiale vaut par conséquent offre finale.

1.3.1.8 Le dialogue compétitif [98]

Le dialogue compétitif est la procédure de passation à laquelle tout opérateur économique intéressé peut demander à participer en réponse à un avis de marché et dans laquelle l'adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats sélectionnés à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue dont la ou les propositions de solution ont été retenues au terme de ce dialogue seront invités à remettre une offre.

Le pouvoir adjudicateur peut appliquer un dialogue compétitif dans les cas suivants:

pour les travaux, fournitures ou services remplissant un ou plusieurs des critères suivants:

● les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles;

● le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique au sens de l'article 2, 45° à 48° de la Loi du 17 juin 2016 ;

● pour les travaux, les fournitures ou les services pour lesquels, en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées.

Cette procédure est utile pour des marchés particulièrement complexes.

Le pouvoir adjudicateur indique ses besoins et ses exigences dans l'avis de marché et les définit dans cet avis et/ou dans un document descriptif. À cette occasion, et dans les mêmes documents, il indique et définit également les critères d'attribution retenus et fixe un calendrier indicatif.

Dans leurs demandes de participation en réponse à l'avis de marché, les candidats fournissent les informations aux fins de la sélection qui sont réclamées par le pouvoir adjudicateur.

Seuls les opérateurs économiques ayant reçu une invitation du pouvoir adjudicateur à la suite de l'évaluation des informations fournies peuvent participer au dialogue. Le pouvoir adjudicateur peut limiter le nombre de candidats qui seront admis à participer à la procédure.

Le pouvoir adjudicateur ouvre, avec les participants sélectionnés, un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins. Au cours de ce dialogue, il peut discuter tous les aspects du marché avec les participants sélectionnés.

Au cours du dialogue, le pouvoir adjudicateur assure l'égalité de traitement de tous les participants. A cette fin, il ne donne pas, de manière discriminatoire, d'information

98 Voir les articles 2, 28° et 39 de la Loi du 17 juin 2016 et l'AR Passation.

susceptible d'avantager certains participants par rapport à d'autres.

Le pouvoir adjudicateur ne révèle pas aux autres participants les solutions proposées ou les informations confidentielles communiquées par un des participants sans l'accord écrit et préalable de celui-ci. Cet accord ne revêt pas la forme d'une renonciation générale mais vise des informations précises dont la communication est envisagée.

Le dialogue compétitif peut se dérouler en phases successives de manière à limiter le nombre de solutions à discuter pendant la phase du dialogue en appliquant les critères d'attribution énoncés dans l'avis de marché ou dans le document descriptif. Dans l'avis de marché ou le document descriptif, le pouvoir adjudicateur indique s'il fera usage de cette possibilité.

Le pouvoir adjudicateur poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

Après avoir prononcé la clôture du dialogue et en avoir informé les participants restant en lice, le pouvoir adjudicateur invite chacun d'eux à soumettre son offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue. Ces offres comprennent tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet.

À la demande du pouvoir adjudicateur, ces offres peuvent être clarifiées, précisées et optimisées à condition qu'elles n'aient pas pour effet de modifier les aspects essentiels de l'offre ou du marché public, notamment les besoins et exigences indiqués dans l'avis de marché ou dans le document descriptif, lorsque les modifications apportées à ces aspects, besoins ou exigences sont susceptibles de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

Le pouvoir adjudicateur évalue les offres reçues en fonction des critères d'attribution fixés dans l'avis de marché ou dans le document descriptif.

Le marché est attribué sur la seule base du critère d'attribution du meilleur rapport qualité/prix[99].

À la demande du pouvoir adjudicateur, des négociations peuvent être menées avec le soumissionnaire reconnu comme ayant remis l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix [100]pour confirmer les engagements financiers ou d'autres conditions énoncés dans l'offre en arrêtant les clauses du marché, à condition que ce processus n'ait pas pour effet de modifier, de manière importante, des aspects essentiels de l'offre ou du marché public, y compris les besoins et les exigences indiqués dans l'avis de marché ou dans le document descriptif, et ne risque pas de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations.

Le pouvoir adjudicateur peut prévoir des primes ou des paiements au profit des participants au dialogue.

(Le dialogue compétitif ne sera pas traité de manière plus approfondie dans le présent document.)

[99] conformément à l'article 81, § 2, 3° de la Loi du 17 juin 2016
[100] ibidem

1.3.1.9 Le partenariat d'innovation [101]

Le partenariat d'innovation ne sera pas traité de manière plus approfondie dans le présent document.

1.3.1.10 Quel mode de passation choisir?

Sur base du montant du marché :

1. Lorsque le montant estimé du marché est inférieur à 30.000 €, il sera conclu conformément au régime prévu pour les 'petits achats' ;

2. Lorsque le montant du marché est supérieur à 30.000 € mais inférieur à 144.000 € : il est recommandé de privilégier la procédure négociée sans publication préalable, vu la souplesse de cette procédure et la possibilité de négocier qu'elle permet[102].

3. Lorsque le montant estimé du marché est supérieur à 144.000 € mais inférieur à 222.000 € pour les services et fournitures, ou 750.000 € pour les travaux, : il est recommandé de privilégier la procédure négociée directe avec publication préalable, vu le court délai minimum prévu pour cette procédure (22 jours) et la possibilité de négocier qu'elle permet.

Quel que soit le montant et sans condition particulière :

4. Lorsque le montant estimé du marché est supérieur à 144.000 €, il est par ailleurs possible de recourir librement (c'est-à-dire sans condition ou motivation particulière) à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte.

La procédure restreinte sera principalement choisie dans les cas où l'Adjudicateur souhaite éviter que de trop nombreuses offres soient déposées et doivent être analysées, sans s'être assuré au préalable que les soumissionnaires disposent de la capacité d'exécuter le marché (suivant les critères d'accès et de sélection fixés dans le CSC).

Quel que soit le montant mais si certaines conditions sont remplies :

5. Lorsque le montant estimé du marché est supérieur à 144.000 €, il est également possible de recourir à la procédure négociée sans publication préalable, mais uniquement dans les cas prévus à l'article 42 de la loi ou à la procédure négociée concurrentielle dans les cas prévus à l'article 38 de la loi, et ce sur base d'une motivation détaillée de fait et de droit, à mentionner dans le csc, dans laquelle l'adjudicateur démontre qu'il se trouve bien dans une situation visée par la loi qui permet le recours à ces procédures.

6. Le recours au dialogue compétitif ou au partenariat d'innovation est quant à lui possible dans les cas prévu par la loi, également sur base d'une motivation détaillée de fait et de droit, à mentionner dans le csc, dans laquelle l'adjudicateur démontre qu'il se trouve bien dans une situation visée par la loi qui permet le recours à ces procédures.

1.3.1.11 Techniques et instruments pour les marchés électroniques et agrégés

Voir le « Chapitre 3. Techniques et instruments pour les marchés électroniques et agrégés »

101 Voir les articles 2, 32° et 40 de la Loi du 17 juin 2016 et l'AR Passation.

102 Attention : il s'agit de la dépense à approuver, c'est-à-dire, le montant total du marché à l'attribution, qui ne pourra pas être supérieur à 144.000€.

du Titre 2 de la Loi du 17 juin 2016[103].

La Loi du 17 juin 2016 prévoit aussi quelques techniques et instruments pour les marchés électroniques et agrégés telles que :

● les accords-cadres [104] ;

● les systèmes d'acquisition dynamique [105];

● les enchères électroniques[106] ;

● les catalogues électroniques[107] ;

● les activités d'achats centralisées et centrales d'achat[108] ;

● les marchés conjoints occasionnels[109] ;

● les marchés auxquels participent des pouvoirs adjudicateurs de différents États membres[110] ;

● les concours[111].

Les accords-cadres [112]

L'accord-cadre entre un ou plusieurs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

Un pouvoir adjudicateur peut conclure des accords-cadres pour autant qu'il applique les procédures prévues par la Loi du 17 juin 2016.

Les marchés fondés sur un accord-cadre ne peuvent être passés qu'entre d'une part, un pouvoir adjudicateur ou des pouvoirs adjudicateurs clairement identifiés dans l'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt et d'autre part, un ou plusieurs opérateurs économiques parties à l'accord-cadre tel qu'il a été conclu.

Lors de l'attribution des marchés fondés sur un accord-cadre, aucune modification substantielle ne peut être apportée aux termes déjà fixés dans l'accord-cadre, notamment lorsque l'accord-cadre est conclu avec un seul opérateur économique.

La durée d'un accord-cadre, de même que celle des marchés fondés sur cet accord-cadre, ne peut dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment motivés, notamment quant à l'objet de l'accord-cadre.

Le pouvoir adjudicateur mentionne dans l'avis de marché s'il envisage de conclure l'accord-cadre avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

Lorsqu'un accord-cadre est conclu avec un seul opérateur économique, les marchés fondés sur cet accord-cadre sont attribués dans les limites des conditions fixées dans l'accord-

103 art. 43 – 50 de la Loi du 17 juin 2016
104 art. 43 de la Loi du 17 juin 2016
105 art. 44 de la Loi du 17 juin 2016
106 art. 45 de la Loi du 17 juin 2016
107 art. 46 de la Loi du 17 juin 2016
108 art. 47 de la Loi du 17 juin 2016
109 art. 48 de la Loi du 17 juin 2016
110 art. 49 de la Loi du 17 juin 2016
111 art. 50 de la Loi du 17 juin 2016
112 Voir les articles 2, 35° et 43 de la Loi du 17 juin 2016 et l'AR Passation.

cadre. Pour l'attribution de ces marchés, les pouvoirs adjudicateurs peuvent consulter par écrit l'opérateur économique partie à l'accord-cadre, en lui demandant de compléter, si besoin est, son offre.

Lorsqu'un accord-cadre est conclu avec plusieurs opérateurs économiques, il est exécuté de l'une des manières stipulées en l'article 43, § 5 de la Loi du 17 juin 2016 et, le cas échéant, selon la procédure stipulée en l'article 43, § 6 de la Loi du 17 juin 2016.

Les accords-cadres ne seront pas traités de manière plus approfondie dans le présent document.

Les systèmes d'acquisition dynamique [113]

Un système d'acquisition dynamique est le processus entièrement électronique pour l'acquisition de travaux, de fournitures ou de services d'usage courant, dont les caractéristiques généralement disponibles sur le marché satisfont aux besoins de l'adjudicateur, limité dans le temps et ouvert pendant toute sa durée à tout opérateur économique satisfaisant aux critères de sélection.

Pour passer un marché dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, le pouvoir adjudicateur suit les règles de la procédure restreinte. Tous les candidats satisfaisant aux critères de sélection sont admis dans le système et leur nombre n'est pas limité.

Le pouvoir adjudicateur attribue le marché au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre sur la base des critères d'attribution définis dans l'avis de marché du système d'acquisition dynamique. Ces critères peuvent, le cas échéant, être précisés dans l'invitation à introduire une offre.

(Les systèmes d'acquisition dynamique ne seront pas traités de manière plus approfondie dans le présent document.)

1.3.2 Publicité

1.3.2.1 Publicité officielle [114]

1. Avis officiels

Il existe trois types d'avis officiels prévus dans la réglementation:

- l'avis de préinformation ;
- l'avis de marché à proprement parler ;
- l'information ex-post, l'avis d'attribution de marché .

Ces avis « officiels » doivent être publiés au Bulletin des Adjudications (annexe au Moniteur Belge) et le cas échéant au en fonction du montant estimé du marché.

113 Voir les articles 2, 33° et 44 de la Loi du 17 juin 2016 et l'AR Passation.
114 Articles 91, 8 à 24 AR Passation

2. Estimation du montant du marché [115]

Le montant du marché doit être estimé[116]. Les règles régissant l'estimation du montant du marché se trouvent dans l'AR Passation[117].

Sauf disposition contraire, tous les montants mentionnés dans la réglementation concernant des marchés publics s'entendent hors taxe sur la valeur ajoutée[118].

Le montant du marché doit être estimé[119]. Les règles régissant l'estimation du montant du marché se trouvent dans les articles 6 et 7 de l'AR Passation.

Sauf disposition contraire, tous les montants mentionnés dans la réglementation concernant des marchés publics s'entendent hors taxe sur la valeur ajoutée[120].

L'estimation du montant du marché établie lors du lancement de la procédure détermine les règles qui lui sont applicables pendant tout son déroulement, pour autant que l'application de ces règles dépende de la valeur estimée du marché ou découle de l'obligation d'assurer une publicité européenne préalable[121].

Le choix de la méthode pour le calcul de la valeur estimée d'un marché public ne peut être effectué avec l'intention de soustraire le marché aux règles de publicité. De même, un marché public ne peut être scindé de manière à le soustraire aux règles de publicité, sauf si des raisons objectives le justifient[122].

La valeur estimée est valable au moment de l'envoi de l'avis de marché ou, dans les cas où un tel avis n'est pas prévu, au moment où le pouvoir adjudicateur engage la procédure de passation du marché, par exemple, au moment de l'envoi des documents du marché[123].

Le calcul de la valeur estimée d'un marché est fondé sur le montant total payable, hors taxe sur la valeur ajoutée, estimé par le pouvoir adjudicateur. L'estimation tient compte de la durée et de la valeur totale du marché, ainsi que notamment des éléments suivants:

- toutes les options exigées ou autorisées;
- tous les lots;
- toutes les répétitions[124];
- toutes les tranches fermes et conditionnelles du marché;
- toutes les primes ou tous les paiements que le pouvoir adjudicateur prévoit au profit des candidats, participants ou soumissionnaires;
- le cas échéant, les clauses de réexamen;
- les reconductions.

Pour les marchés publics de travaux, le calcul de la valeur estimée prend en compte le coût des travaux ainsi que la valeur totale estimée des fournitures et des services mis à la disposition de l'adjudicataire par le pouvoir adjudicateur s'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux[125].

115 Voir l'article 16 de la Loi du 17 juin 2016 et les articles 3, 6 et 7 de l'AR Passation.
116 art. 16, 1er alinéa de la Loi du 17 juin 2016
117 articles 6 et 7 de l'AR Passation
118 art. 16, 2ième alinéa de la Loi du 17 juin 2016 ; art. 3 de l'AR Passation
119 art. 16, 1er alinéa de la Loi du 17 juin 2016
120 art. 16, 2ième alinéa de la Loi du 17 juin 2016 ; art. 3 de l'AR Passation
121 art. 6 de l'AR Passation
122 art. 7 § 3 de l'AR Passation
123 art. 7 § 4 de l'AR Passation
124 au sens de l'article 42, § 1er, 2°, de la Loi du 17 juin 2016
125 art. 7 § 7 de l'AR Passation

Sont par exemple visés dans ce contexte les matériaux et équipements, même si l'État les avait déjà achetés auparavant et qu'il les met à la disposition de l'entrepreneur dans le cadre de l'exécution de l'ouvrage.

Pour les marchés publics de services, l'estimation inclut la rémunération totale du prestataire de services. Aux fins de calcul de cette valeur, sont pris en compte:

– pour les services d'assurance: la prime payable et les autres modes de rémunération;

– pour les services bancaires et autres services financiers: les honoraires, les commissions payables, les intérêts et les autres modes de rémunération ;

– pour les marchés impliquant la conception: les honoraires, les commissions à payer et les autres modes de rémunération[126].

En ce qui concerne les marchés publics de services n'indiquant pas un prix total, la valeur estimée des marchés est calculée sur la base suivante:

– en cas de marchés ayant une durée déterminée, si celle-ci est égale ou inférieure à quarante-huit mois: la valeur totale pour toute leur durée ;

– en cas de marchés ayant une durée indéterminée ou supérieure à quarante-huit mois: la valeur mensuelle multipliée par quarante-huit[127].

Pour les marchés publics de fournitures ayant pour objet le crédit-bail, la location ou la location-vente de produits, la valeur à prendre comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché est la suivante:

– en cas de marchés publics ayant une durée déterminée, dans la mesure où celle-ci est égale ou inférieure à douze mois, la valeur totale estimée pour la durée du marché ou, dans la mesure où la durée du marché est supérieure à douze mois, la valeur totale incluant le montant estimé de la valeur résiduelle ;

– en cas de marchés publics ayant une durée indéterminée ou dans le cas où leur durée ne peut être définie, la valeur mensuelle multipliée par quarante-huit[128].

Lorsqu'il s'agit de marchés publics de fournitures ou de services présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée, est prise comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché:

– soit la valeur réelle globale des marchés successifs analogues passés au cours des douze mois précédents ou de l'exercice précédent, corrigée, si possible, pour tenir compte des modifications en quantité ou en valeur qui surviendraient au cours des douze mois suivant le contrat initial ;

– soit la valeur globale estimée des marchés successifs passés au cours des douze mois suivant la première prestation ou au cours de l'exercice si celui-ci est supérieur à douze mois[129].

126 art. 7 § 10 de l'AR Passation
127 art. 7 § 11 de l'AR Passation
128 art. 7 § 9 de l'AR Passation
129 art. 7 § 8 de l'AR Passation

3. L'avis de pré-information [130]

L'avis de pré-information permet au pouvoir adjudicateur de fournir des informations préalables ayant trait aux principaux marchés que le pouvoir adjudicateur entend lancer au cours de l'année suivante et ne reprenant par conséquent que les caractéristiques les plus importantes de ces marchés.

La durée maximale de la période couverte par l'avis de préinformation est de douze mois à compter de la date de transmission de l'avis pour publication.

Cette publicité a pour objectif de permettre aux entrepreneurs intéressés d'organiser leur travail à l'avance, de mieux s'informer et – cela s'applique essentiellement aux entreprises d'autres États membres que celui du pouvoir adjudicateur – de pouvoir soutenir la concurrence dans les mêmes conditions que les entreprises établies à proximité du pouvoir adjudicateur. C'est la raison pour laquelle un pouvoir adjudicateur, qui effectue cette publicité, peut, si cela s'avère nécessaire dans certains cas, travailler avec des délais réduits dans le cadre de l'avis à proprement parler.

L'avis de pré-information est publié le plus rapidement possible après le début de l'année budgétaire ou, pour les travaux, après la prise de décision autorisant le programme dans lequel s'inscrivent les marchés de travaux que le pouvoir adjudicateur entend passer.

4. L'avis de marché 131

L'avis de marché est l'avis proprement dit : c'est l'avis qui doit être publié lors du lancement de la procédure de passation du marché public.

La publicité de cet avis constitue l'une des obligations fondamentales des pouvoirs adjudicateurs. L'objectif est de parvenir à une mise en concurrence effective parmi les opérateurs économiques en leur fournissant tous les renseignements importants sur la base desquels ils peuvent manifester leur intérêt pour une participation aux marchés lancés.

Le pouvoir adjudicateur publie un avis de marché pour les marchés publics et les accords-cadres, à l'exception des cas ci-après:

– lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable;

– dans les cas pour lesquels, il est fait usage de la procédure concurrentielle avec négociation pour les travaux, les fournitures et les services pour lesquels dans le cadre d'une procédure ouverte ou restreinte, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées et pour lesquels un avis de marché ne doit, le cas échéant, pas être publié et ce, pour autant que les conditions fixées dans la Loi du 17 juin 2016[132] soient respectées;

– pour les marchés basés sur un accord-cadre.

5. L'avis d'attribution de marché *133*

Pour les marchés publics ou les accords-cadres dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur envoie un avis d'attribution de marché relatif aux résultats de la procédure de passation. Cet avis est

130 Voir l'article 60 de la Loi du 17 juin 2016 et les articles 8 – 24 de l'AR Passation.
131 Voir l'article 61 de la Loi du 17 juin 2017 et les articles 8 – 24 de l'AR Passation
132 de l'article 38 § 1, 2° de la Loi du 17 juin 2016
133 Voir l'article 62 de la Loi du 17 juin 2017 et l'article 17 et l'annexe 5 de l'AR Passation

envoyé au plus tard dans les trente jours après la conclusion du marché ou de l'accord-cadre.

Dans le cas d'un accord-cadre le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation d'envoyer un avis concernant les résultats de la procédure de passation de chaque marché fondé sur l'accord-cadre.

Une publicité s'applique toutefois à chaque marché fondé sur un système d'acquisition dynamique, même si le pouvoir adjudicateur peut choisir de regrouper les marchés concernés sur une base trimestrielle. Dans un tel cas, le pouvoir adjudicateur envoie ces avis regroupés au plus tard trente jours après la fin de chaque trimestre.

Certaines informations sur la passation du marché ou de l'accord-cadre peuvent ne pas être publiées au cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un opérateur économique en particulier, public ou privé, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

Les informations contenues dans l'avis d'attribution de marché sont fixées dans une annexe à l'AR passation.

1.3.2.2 Publication supplémentaire

Il s'agit d'une publication non imposée par la loi qui se fait via divers canaux (journaux locaux, site internet, réseaux professionnels, etc) dans le but de donner une plus large publicité au marché afin d'augmenter la concurrence (recevoir plus d'offres).

Toutes ces publications ne peuvent avoir lieu qu'après la publicité officielle (si celle-ci est exigée)

Quand sont publiées les données sur le site web d'Enabel ?

Après obtention des avis de non-objection nécessaires selon le GL Procurement - Pouvoirs et les avis de non-objection, rendus par L&A.

Enabel respecte la réglementation applicable aux délais de publication.

Le CSC doit être définitif (et ne peut dès lors pas être en version provisoire) avant de pouvoir être envoyé au siège d' Enabel en même temps que l'avis de marché complété.

L'envoi de l'avis de marché au(x) canal/aux de publication officiel(s) s'accompagne dans le même temps d'une mise à jour du registre des marchés publics et de son envoi à procurement@enabel.be avec, si possible, le CSC annexé.

Combien de temps les données seront-elles publiées sur le site web d' Enabel ?

Les données restent sur le site web d' Enabel jusqu'à la date limite de dépôt des offres.

Dans une procédure négociée sans publication préalable, il n'y a - logiquement - pas une obligation de publication. Le pouvoir adjudicateur peut choisir qui il invite à présenter une offre.

Lorsque plusieurs opérateurs économiques sont consultés, ceux-ci sont invités simultanément et par écrit à présenter une offre. Cette invitation contient au moins les éléments suivants:

– les documents du marché, sauf si le pouvoir adjudicateur les met à disposition par

des moyens électroniques en garantissant un accès gratuit, libre, complet et direct auxdits documents, auquel cas, elle mentionne l'adresse internet à laquelle ces documents peuvent être consultés;

– la date et l'heure ultimes pour l'introduction des offres;

– l'indication des documents à joindre éventuellement;

– s'ils ne figurent pas dans les autres documents du marché, le ou les critères d'attribution conformément à l'article 81 de la Loi du 17 juin 2016, sauf le cas échéant dans les cas visés à l'article 42, § 3, alinéa 2, de la Loi du 17 juin 2016.

Dans tous les cas, une liste des personnes invitées doit toujours figurer dans le dossier ainsi que dans la décision d'attribution ou non. (Elle peut aussi figurer dans le procès-verbal d'ouverture des offres).

Le pouvoir adjudicateur doit naturellement respecter les principes de concurrence, d'égalité de traitement et de transparence tout au long de la procédure.

En principe, la publication sur le site web d' Enabel est toujours requise à partir de 30.000 € HTVA, de manière à assurer une concurrence et une publicité suffisantes.

Par contre, si l'on peut prouver qu'il est question d'une des exceptions suivantes (à interpréter de manière restrictive) et que la publication n'a dès lors pas de sens ou sera contreproductive, une publication sur le site web d' Enabel n'est plus obligatoire :

● si le marché s'adresse précisément aux soumissionnaires locaux d'une région déterminée (par exemple, pour des travaux recourant à la méthode HIMO etc.) et/ou si la mise en concurrence est de toute manière garantie, même sans publication. (Un pouvoir adjudicateur ne peut exiger - en vertu du droit belge ou d'un autre droit européen- d'un soumissionnaire qu'il réside ou soit originaire d'une certaine région, ni ne peut exclure personne de la procédure sur la base de son lieu de résidence. Par contre, il a le droit d' inviter uniquement les parties originaires d'une certaine région à remettre offre) ;

● si l'on n'atteint plus aucune personne intéressante au moyen d'une publication sur le site web d' Enabel, à condition qu'une concurrence suffisante soit garantie et que suffisamment de personnes soient invitées à présenter une offre ;

● si le marché est passé par procédure négociée sans publication préalable :

– pour cause d'urgence impérieuse[134] ;

– pour cause d'une procédure ouverte ou restreinte « infructueux » [135]: aucune offre ou offre appropriée n'a été déposée. En effet, dans ce cas, le pouvoir adjudicateur ne peut ensuite consulter que les soumissionnaires qui ont été sélectionnés pendant la première procédure et ont satisfait aux « exigences formelles » de cette première procédure. Une publication sur le site web n'a donc ici pas de sens et pourrait faire croire à d'autres personnes intéressées qu'elles sont, elles aussi, invitées à présenter une offre, ce qui n'est pas le cas.

– pour cause de monopole[136] ;

134 au sens de l'article 41, § 1, 1°, b) de la Loi du 17 juin 2016
135 au sens de l'article 41, § 1, 1°, c) de la Loi du 17 juin 2016
136 au sens de l'article 41, § 1, 1°, d) de la Loi du 17 juin 2016

- dans le cas d'un marché public de travaux ou de services, lorsque des travaux ou services nouveaux consistant dans la répétition de travaux ou services similaires sont attribués à l'adjudicataire du marché initial par le même pouvoir adjudicateur[137] ;

- dans le cas d'un marché public de fournitures, lorsque des fournitures complémentaires sont à effectuer par le fournisseur initial et sont destinées, soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes[138] ;

- dans le cas d'un marché public de services, lorsque le marché de services considéré fait suite à un concours et doit, conformément aux règles y applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats de ce concours[139].

1.3.3 Informations

1.3.3.1 Désignation du responsable de la procédure

Le csc mentionne l'identité de la personne au sein d'Enabel qui est chargée de la coordination de l'attribution du marché.

Aussi longtemps que court la procédure, tous les contacts entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires (éventuels) concernant le marché doivent se faire exclusivement via ce service / cette personne et il est interdit aux soumissionnaires (éventuels) d'entrer en contact avec le pouvoir adjudicateur d'une autre manière au sujet du présent marché, sauf disposition contraire dans le présent CSC.

1.3.3.2 Informations complémentaires

La Loi MP de 2016 prévoit que le pouvoir adjudicateur doit fournir à tous les opérateurs économiques participant, de quelque manière que ce soit, à la procédure de passation les renseignements complémentaires relatifs aux documents du marché et tout document justificatif six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour autant que la demande en ait été faite en temps utile. Dans le cas d'une procédure accélérée[140], ce délai est de quatre jours.[141]

Jusqu'à la notification de la décision d'attribution, l'Adjudicateur ne donne aucune information sur l'évolution de la procédure.

1.3.3.3 Moyens de communication entre l'Adjudicateur et les opérateurs économiques au cours de la procédure

Les communications et les échanges d'informations entre l'adjudicateur et les opérateurs économiques, y compris la transmission et la réception électronique des offres, visées au paragraphe 7, doivent, à tous les stades de la procédure de passation, être réalisés par des moyens de communication électroniques[142].

137 au sens de l'article 41, § 1, 2° de la Loi du 17 juin 2016
138 au sens de l'article 41, § 1, 4°, c) de la Loi du 17 juin 2016
139 au sens de l'article 41, § 1, 5° de la Loi du 17 juin 2016
140 visée à l'article 36, § 3, et à l'article 37, § 5 de la Loi du 17 juin 2016
141 Art. 64, §2 de la Loi et 129 de l'AR passation
142 Article 14, § 1, alinéa 1er de la Loi

Les raisons reprises ci-après[143] permettent toutefois à l'adjudicateur de prévoir d'autres moyens que des moyens électroniques[144] :

1° lorsque, en raison de la nature spécialisée du marché, l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait des outils, des dispositifs ou des formats de fichiers particuliers qui ne sont pas communément disponibles ou pris en charge par des applications communément disponibles;

2° lorsque les applications prenant en charge les formats de fichier adaptés à la description des offres utilisent des formats de fichiers qui ne peuvent être traités par aucune autre application ouverte ou communément disponibles ou sont soumises à un régime de licence propriétaire et ne peuvent être mises à disposition par téléchargement ou à distance par l'adjudicateur;

3° lorsque l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait un équipement de bureau spécialisé dont les adjudicateurs ne disposent pas communément;

4° lorsque les documents du marché exigent la présentation de maquettes ou de modèles réduits qui ne peuvent être transmis par voie électronique;

5° lorsqu'il s'agit d'un marché public passé selon la procédure négociée sans publication ou mise en concurrence préalable dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne.

L'adjudicateur n'est également pas tenu de prescrire l'usage de moyens électroniques, dans la mesure où l'utilisation d'autres moyens de communication que les moyens électroniques est nécessaire en raison soit d'une violation de la sécurité des moyens de communication électroniques, soit du caractère particulièrement sensible des informations qui exigent un degré de protection extrêmement élevé ne pouvant pas être assuré convenablement par l'utilisation d'outils et de dispositifs électroniques dont disposent communément les opérateurs économiques ou qui peuvent être mis à leur disposition par d'autres moyens d'accès[145].

La **communication orale** est par ailleurs permise pour la transmission d'autres communications que celles concernant les éléments essentiels de la procédure de passation, à condition de garder une trace suffisante du contenu de la communication orale, et ce dans les conditions énoncée dans la loi[146].

1.3.3.4 Organisation d'une visite des lieux

Lorsque des offres ne peuvent être faites qu'à la suite d'une visite des lieux ou après consultation sur place de documents étayant les documents du marché, les délais de réception des offres, qui sont supérieurs aux délais minimaux fixés aux articles 36 à 41, sont arrêtés de manière à ce que tous les opérateurs économiques concernés puissent prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour la formulation de leurs offres.

143 Art 64 et article 14, § 2, alinéa 1er de la Loi
144 Dans ce cas également, l'accès doit rester gratuit et le délai de présentation des offres doit être prolongé de cinq jours (sauf les cas d'urgence dûment motivée visés aux articles 36, § 3, 37, § 4, et 38, § 3, alinéa 3
145 Article 14, § 3, alinéa 1er de la Loi
146 Article 14, § 4, alinéa 1er de la Loi

1.3.3.5 Communication orale et réunions d'information [147]

La communication orale n'est permise que pour la transmission d'autres communications que celles concernant les éléments essentiels de la procédure de passation, à condition de garder une trace suffisante du contenu de la communication orale. Sont notamment considérés comme faisant partie des éléments essentiels précités :

1° les documents du marché;
2° les demandes de participation;
3° les offres.

En ce qui concerne la communication orale avec les soumissionnaires, susceptible d'avoir une incidence importante sur le contenu et l'évaluation des offres, l'obligation de garder une trace suffisante telle que visée à l'alinéa 1er se fait à l'aide de notes écrites ou d'enregistrements audio, d'un résumé des principaux éléments de la communication ou d'un autre moyen adéquat.

Des sessions d'informations peuvent être organisées, durant lesquelles la communication d'informations relatives aux documents du marché a lieu oralement, à condition de garder une trace suffisante du contenu de cette communication orale et qu'aucune information qui ne se trouve pas déjà dans les documents de marché ne soit communiquée. Cette documentation est diffusée auprès de tous les intéressés.

1.3.3.6 Responsabilité du soumissionnaire en ce qui concerne la prise de connaissance des rectifications éventuelles de l'avis de marché ou du csc

Le soumissionnaire est censé introduire son offre en ayant pris connaissance et en tenant compte des rectifications éventuelles concernant l'avis de marché ou le CSC qui sont publiées au Journal officiel de l'Union européenne et/ou au Bulletin des Adjudications ou qui lui sont envoyées par courrier électronique. À cet effet, s'il a téléchargé le CSC sous forme électronique, il lui est vivement conseillé de transmettre ses coordonnées au gestionnaire de marchés publics mentionné ci-dessus et de se renseigner sur les éventuelles modifications ou informations complémentaires.

1.3.3.7 Avis rectificatifs

Lorsque le Pouvoir Adjudicateur rectifie ou complète une publication officielle, il publie un avis rectificatif sous la forme d'un formulaire standard électronique développé et mis à disposition par le Service public fédéral Stratégie et Appui[148].

Pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne, lorsqu'un avis rectificatif est publié entre le septième et les deux derniers jours précédant la date ultime de la réception des demandes de participation ou des offres, ladite date est reportée d'au moins six jours. Lorsqu'un avis rectificatif est publié dans les deux derniers jours précédant la date ultime précitée, ladite date est reportée d'au moins huit jours.

Pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne [149]lorsqu'un avis rectificatif est publié dans les six derniers jours précédant la

147 Article 14§4 de la loi
148 https://bosa.belgium.be/fr

date ultime de la réception des demandes de participation ou des offres, ladite date est reportée d'au moins six jours.

1.3.4 Offre

1.3.4.1 Données à mentionner dans l'offre

Forme et contenu des offres

Lorsqu'un formulaire destiné à établir l'offre et à compléter le métré récapitulatif ou l'inventaire est joint aux documents du marché, le soumissionnaire en fait usage. A défaut d'utiliser ce formulaire, il supporte l'entière responsabilité de la parfaite concordance entre les documents qu'il a utilisés et le formulaire[150].

L'offre doit indiquer[151] :

1° le nom, prénom, qualité ou profession, nationalité et domicile du soumissionnaire ou, pour une personne morale, la raison sociale ou dénomination, sa forme juridique, sa nationalité, son siège social, son adresse e-mail et, le cas échéant, son numéro d'entreprise;

2° a) le montant total de l'offre, taxe sur la valeur ajoutée comprise le cas échéant, tel que détaillé le cas échéant dans le métré récapitulatif ou l'inventaire;

b) les suppléments de prix;

c) le cas échéant, les rabais ou améliorations pour tout ou partie de l'offre;

d) les rabais ou améliorations en cas d'application de l'article 50;

e) toute autre donnée relative au prix telle que prévue dans les documents du marché;

3° le numéro et le libellé du compte auprès d'un établissement financier sur lequel le paiement du marché doit être effectué;

4° en ce qui concerne la sous-traitance, les informations éventuelles en application de l'article 74;

5° pour autant que les documents du marché aient fixé des exigences à ce propos, l'origine des produits à fournir et des matériaux à utiliser originaires de pays tiers à l'Union européenne, avec indication par pays d'origine de la valeur, droits de douane non compris, pour laquelle ces produits ou matériaux interviennent dans l'offre. Si ces produits ou ces matériaux sont à parachever ou à mettre en œuvre sur le territoire de l'Union européenne, seule la valeur des matières premières est indiquée;

6° en cas d'offres pour plusieurs lots, conformément à l'article 49, l'ordre de préférence des lots.

Lorsque l'offre est remise par un groupement d'opérateurs économiques, les dispositions de l'alinéa 1er, 1°, sont d'application pour chacun des participants au groupement.

L'offre et les annexes jointes au formulaire d'offre (y compris métré récapitulatif ou

149 sans préjudice de l'article 8, § 1 er , alinéa 3 de l'AR passation
150 Art. 77 de l'AR passation
151 Art 78 de l'AR passation

inventaire) doivent être rédigées par les soumissionnaires en français ou en néerlandais.

Il appartient au soumissionnaire d'indiquer clairement dans son offre quelle information est confidentielle et/ou se rapporte à des secrets techniques ou commerciaux et qui ne peut donc pas être divulguée par le pouvoir adjudicateur.

La loi précise que l'adjudicateur ne pourra pas divulguer les renseignements que l'opérateur économique lui a communiqué à titre confidentiel, y compris, les éventuels secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels de l'offre[152].

Un formulaire d'offre à compléter par le soumissionnaire est joint au cahier spécial des charges.

Le template de formulaire d'offre d'Enabel prévoit que les renseignements suivants doivent être mentionnés :

- *le prix unitaire forfaitaire /les prix unitaires forfaitaires t en chiffres (hors TVA)*
- *le prix global /les prix globaux en lettres et en chiffres (hors TVA)*
- *le montant total de l'offre en lettres et en chiffres (hors TVA)*
- *le montant de la TVA*
- *la signature de la personne ou les personnes, selon le cas, ayant mandat pour signer l'offre*
- *la qualité de la personne ou des personnes, selon le cas, qui signe(nt) l'offre.*
- *la date à laquelle la personne ou les personnes précitée(s), selon le cas, a/ont signé l'offre*
- *le numéro d'immatriculation complet du soumissionnaire auprès de la Banque Carrefour des Entreprises (pour les soumissionnaires belges).*

Le CSC peut prévoir d'autres mentions éventuelles qui devront figurer dans l'offre.

1.3.4.2 Durée de validité de l'offre

L'AR passation prévoit que les soumissionnaires restent engagés par leur offre, telle qu'elle a été éventuellement rectifiée par le pouvoir adjudicateur, pendant un délai de nonante jours à compter de la date limite de réception [153]. Les documents du marché peuvent toutefois fixer un autre délai.

Avant l'expiration du délai d'engagement, le pouvoir adjudicateur peut demander aux soumissionnaires une prolongation volontaire de ce délai, sans préjudice de l'application de l'article 89 dans le cas où, les soumissionnaires ne donnent pas suite à cette demande. (Sauf en cas de procédure négociée sans publication préalable).

152 Article 13, §2 de la Loi
153 Article 58 de l'AR Passation

1.3.4.3 Echantillons, documents et attestations à joindre à l'offre

Le csc doit énoncer l'ensemble des documents et attestations à fournir par les soumissionnaires :

- tous les documents demandés dans le cadre des critères de sélection et des critères d'attribution ;

- les statuts ainsi que tout autre document utile prouvant le mandat du (des) signataire(s).

Lorsque le rapport de dépôt est signé par un mandataire, celui-ci doit mentionner clairement son (ses) mandant(s). Le mandataire joint l'acte électronique authentique ou sous seing privé qui lui accorde ses pouvoirs ou une copie scannée de la procuration. Il fait, le cas échéant, référence au numéro de l'annexe du Moniteur belge qui a publié l'extrait de l'acte concerné, en mentionnant la/les page(s) et/ou le passage concernés[154].

1.3.4.4 Exemplaires

Jusqu'au 31 décembre 2019, l'offre complète peut encore être introduite sur papier. Un exemplaire original de l'offre complète doit alors être introduit sur papier. Le soumissionnaire doit y joindre les copies demandées dans les directives prévues dans le CSC pour l'établissement de l'offre. Le cas échéant, le CSC peut prévoir que ces copies doivent être introduites sous forme de un ou plusieurs fichiers au format .PDF sur CD-rom.

A partir du 1er janvier 2020, les offres devront impérativement être introduites via le site internet e-tendering https://eten.publicprocurement.be/ [155].

Le soumissionnaire ne doit pas signer individuellement l'offre et ses annexes au moment où ces dernières sont chargées sur la plateforme électronique. Ces documents sont signés de manière globale par l'apposition d'une signature sur le rapport de dépôt y afférent.

1.3.4.5 Détermination, composantes et révision des prix

Tous les prix mentionnés dans le formulaire d'offre doivent être obligatoirement libellés en EURO.

Le prix du marché doit être fixé suivant l'un des modes de fixation des prix prévus suivants [156]:

- Marché à prix global : le marché dans lequel un prix forfaitaire couvre l'ensemble des prestations du marché ou de chacun des postes;

-Marché à bordereau de prix : le marché dans lequel les prix unitaires des différents postes sont forfaitaires et les quantités, pour autant que des quantités soient déterminées pour les postes, sont présumées ou exprimées dans une fourchette. Les postes sont portés en compte sur la base des quantités effectivement commandées et mises en oeuvre;

-marché à remboursement : le marché dans lequel le prix des prestations effectuées est déterminé après vérification des prix réclamés en fonction des précisions contenues dans

154 Art. 44 AR Passation
155 Afin de garantir le respect des conditions de l'article 14, §7 de la Loi
156 Article 2, 3° à 6° de l'AR Passation

les documents du marché relatives aux éléments de coût qui peuvent être pris en compte, la manière d'établir ceux-ci et l'importance des marges à y appliquer;

-marché mixte : le marché dont les prix sont fixés selon plusieurs des modes décrits ci-dessus.

Comme cela a été énoncé au début du présent guide (supra, Généralités – Principes de base MP), les marchés publics sont passés à forfait[157], sans qu'il ne puisse être apporté dans le cadre de leur exécution des modifications considérées comme substantielles, hormis dans les cas suivants :

1° dans des cas exceptionnels, pour des travaux, fournitures ou services complexes ou d'une technique nouvelle, présentant des aléas techniques importants, qui obligent à commencer l'exécution des prestations alors que toutes les conditions de réalisation et obligations ne peuvent être déterminées complètement;

2° en cas de circonstances extraordinaires et imprévisibles qu'un adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir, dans le cas de travaux, fournitures ou services urgents dont les conditions d'exécution sont difficiles à définir.

Dans l'un de ces deux cas[158], le marché est alors attribué :

1° soit à remboursement;

2° soit en partie à remboursement et en partie à prix forfaitaire.

En application de l'arrêté royal Passation[159], le pouvoir adjudicateur peut effectuer toutes les vérifications sur pièces comptables et tous contrôles sur place de l'exactitude des indications fournis dans le cadre de la vérification des prix.

1.3.4.6 Eléments inclus dans le prix

Les prix unitaires et les prix globaux de chacun des postes du métré récapitulatif ou de l'inventaire établis en respectant la valeur relative de ces postes par rapport au montant total de l'offre. Tous les frais généraux et financiers, ainsi que le bénéfice, sont répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci 160.

Le prestataire de services est censé avoir inclus dans ses prix tant unitaires que globaux tous les frais et impositions généralement quelconques grevant les services, à l'exception de la taxe sur la valeur ajoutée.

Sont notamment inclus dans les prix[161] :

- la gestion administrative et le secrétariat;
- le déplacement, le transport et l'assurance;
- la documentation relative aux services;
- la livraison de documents ou de pièces liés à l'exécution;

157 Article 9 de la loi
158 Article 26 de l'AR passation
159 Article 37 de l'arrêté royal du 18 avril 2017
160 Article 28 AR Passation
161 art. 32 § 3 AR 18.04.2017

- les emballages;
- la formation nécessaire à l'usage;
- le cas échéant, les mesures imposées par la législation en matière de sécurité et de santé des travailleurs lors de l'exécution de leur travail
- Les frais de réception.

1.3.4.7 Révision des prix

La loi prévoit que le caractère forfaitaire des marchés publics visé à l'article 9 ne fait pas obstacle à la révision des prix en fonction de facteurs déterminés d'ordre économique ou social, à la condition qu'une clause de révision de prix claire, précise et univoque, soit prévue dans les documents du marché[162].

L'AR d'exécution fixe les modalités complémentaires matérielles et procédurales realtive à la révision des prix.

1.3.5 Droit d'introduction et ouverture des offres – de demandes de participation

Attention ! le régime décrit ci-dessous est un régime TRANSITOIRE qui peut être appliqué jusqu'au 17 octobre 2018 pour les marchés soumis à une publicité européenne, et jusqu'au 31 décembre 2019 pour les marchés dont le montant est inférieur au seuil de la publicité européenne. Après ces dates un autre régime (dématérialisé, via l'utilisation de plateformes électroniques) sera applicable. Le présent Guide sera mis à jour avant la transition de régime.

1.3.5.1 Droit et mode d'introduction des offres [163]

Dans une procédure ouverte, le délai minimal de réception des offres est de **trente-cinq jours** à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché.

Dans une procédure restreinte, le délai minimal de réception des demandes de participation est de **trente jours** à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.

Dans une procédure concurrentielle avec négociation, le délai minimal de réception des demandes de participation est de **trente jours** à compter de la date d'envoi de l'avis de marché. Le délai minimal de réception des offres initiales est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation.

Dans la procédure négociée directe avec publication préalable le délai minimal de réception des offres est de **vingt-deux jours** à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché.

Dans le cas où le pouvoir adjudicateur a publié un avis de préinformation le délai minimal de réception des offres peut être diminué.

En procédure négociée sans publication préalable, lorsque plusieurs opérateurs économiques sont consultés, l'invitation contient la date et l'heure ultimes pour l'introduction des offres. **Aucun délai minimal n'est fixé** par la réglementation. Ce délai

162 Art. 10 de la loi
163 Voir les articles 36 – 41 ; 83 – 85 et 94 de l'AR Passation

doit toutefois être raisonnable et être suffisant, suivant la complexité du marché, pour permettre aux soumissionnaires de concevoir et remettre une offre de qualité répondant d'une manière adéquate au besoin exprimé dans le CSC.

Pour les procédures de passation pour lesquelles le pouvoir adjudicateur n'utilise pas les moyens de communication électroniques visés à l'article 14, § 7, de la loi, il appartient au pouvoir adjudicateur de définir les modalités de dépôt et d'ouverture des offres dans les documents du marché[164]

L'offre doit être introduite sous pli définitivement scellé, portant l'indication du nom et des références du marché, la date d'ouverture des offres, ainsi que le nom du gestionnaire du marché.

L'offre peut être introduite :

a) par la poste (envoi normal ou recommandé)

b) par remise contre accusé de réception.

Toute demande de participation ou offre doit parvenir avant la date et l'heure ultime de dépôt. Les demandes de participation ou les offres parvenues tardivement ne sont pas acceptées.

Un candidat ne peut introduire qu'une seule demande de participation par marché et un soumissionnaire ne peut remettre qu'une seule offre par marché. Cette règle ne porte pas préjudice à la possibilité ou à l'obligation d'introduire une ou plusieurs variantes ou une offre comportant un ou plusieurs lots pour un même marché[165].

1.3.5.2 Possibilité de retrait d'une offre introduite

Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le retrait d'une offre peut également être communiqué par fax ou par un moyen électronique, pour autant qu'il parvienne au président de la séance d'ouverture avant que cette séance ne soit déclarée ouverte, et qu'il soit confirmé par un envoi recommandé au plus tard la veille du jour de la séance d'ouverture.

Lorsqu'un soumissionnaire souhaite modifier ou retirer une offre déjà envoyée ou introduite, ceci doit se dérouler conformément aux dispositions de l'article 91 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Afin de modifier ou de retirer une offre déjà envoyée ou introduite, une déclaration écrite est exigée, correctement signée par le soumissionnaire ou par son mandataire. L'objet et la portée des modifications doivent être mentionnés de façon précise. Le retrait doit être inconditionnel.

Le retrait peut également être communiqué par téléfax, ou via un moyen électronique qui n'est pas conforme à l'article 52, § 1er de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, pour autant que:

1° ce retrait parvienne au président de la séance d'ouverture des offres avant qu'il n'ouvre la séance

2° et qu'il soit confirmé par lettre recommandée déposée à la poste au plus tard le jour avant la séance d'ouverture.

164 Art. 85 AR Passation
165 Art. 54 AR Passation

1.3.5.3 Ouverture des offres

Les offres doivent être en possession du pouvoir adjudicateur au plus tard avant la date et à l'heure ultime de dépôt fixées dans le cahier spécial des charges. Les demandes de participation ou les offres parvenues tardivement ne sont pas acceptées[166].

Pour les procédures de passation pour lesquelles le pouvoir adjudicateur n'utilise pas les moyens de communication électroniques visés à l'article 14, § 7 de la loi[167], il appartient au pouvoir adjudicateur de définir les modalités d'ouverture des offres dans les documents du marché[168].

Un rapport ou pv d'ouverture des offres doit être établi et signé par la personne mentionnée dans le csc comme responsable de l'ouverture des offres.

Dans le cadre d'une procédure ouverte ou d'une procédure restreinte, l'ouverture des offres doit être effectuée publiquement à l'endroit et suivant les modalités prévues dans le cahier spécial des charges.

Dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable et d'une procédure concurrentielle avec négociation l'ouverture des offres sera effectuée à huis clos.

1.3.6 Droit d'accès - Critères de sélection – Régularité des offres – Critères d'attribution

1.3.6.1 Constitution préalable d'un Comité d'évaluation des offres (= Obligation interne Enabel)

L'évaluation des offres (droit d'accès - sélection qualitative, examen de régularité et analyse selon critères d'attribution) doit être réalisée par un comité d'évaluation institué à cet effet. Ce comité d'évaluation est composé de minimum 2 à 4 membres dont les compétences sont les suivantes :

- Un membre doit pouvoir justifier d'une des compétences techniques pour l'évaluation de la partie technique. Pour le siège, ce sera le plus souvent le « technical file manager » et pour le terrain ce sera le plus souvent un ATI. Cette compétence peut également être exercée par un expert externe en cas de marchés complexes ;

- Un membre doit pouvoir justifier de compétences procédurales en marchés publics. Pour le siège, ce sera un membre du service L&A et pour le terrain ce sera le plus souvent le point focal « marché public » ou, à défaut, la personne qui à la gestion des marchés publics dans ses compétences (ex : RAFI, etc…) ;

- Pour les projets et programmes, un membre qui représente l'institution du 'partenaire' ;

- Un membre qui représente le services pour lequel l'achat est effectué.

166 Art. 83 et 85 de l'AR Passation
167 C'est-à-dire les outils et dispositifs de réception électronique des offres (plateforme électronique telle que E-tendering)
168 Art. 85 de l'AR passation

En fonction de la complexité du marché, il est possible que deux ou plus des compétences citées ci-dessus soient représentées par une seule personne

Un des membres exerce la fonction de président. Au siège, il s'agira d'un membre du service L&A et au terrain il s'agira le plus souvent de l'ATI.

Le Président désigne un secrétaire.

Les membres du comité d'évaluation doivent prendre part à toutes les réunions. Toute absence doit être consignée et justifiée dans le rapport d'évaluation.

Tous les membres du comité d'évaluation ont un droit de vote. Le poids du vote de chaque membre est égal. Les décisions du Comité d'évaluation sont prises au consensus. Si les membres du Comité ne parviennent pas à obtenir un consensus, les décisions sont prises à la majorité. En cas de parité, la voix du Président est prépondérante.

Tous les membres du comité d'évaluation et les éventuels observateurs doivent signer une déclaration d'impartialité et de confidentialité. Tout membre ou observateur du comité d'évaluation qui se trouve en situation effective ou potentielle de conflit d'intérêts avec un soumissionnaire ou un demandeur doit en faire part à l'aide de la déclaration conflit d'intérêt, en informer son supérieur hiérarchique et se retirer sans délai du comité d'évaluation.

1.3.6.2 Chronologie de l'examen des offres [169]

Dans une procédure ouverte, l'évaluation des offres se déroule en **une étape** suivant la chronologie suivante (sauf dans le cas où il y a application du DUME au-dessus des seuils européens - *voir infra*-, dans ce cas les étapes 1 et 2 sont réalisées après les étapes 3-4-5):

1) examen des motifs d'exclusion ;

2) examen des critères de sélection ;

3) correction des offres par le pouvoir adjudicateur ;

4) examen de la régularité des offres ;

5) examen des offres au regard des critères d'attribution.

Dans une procédure restreinte**,** l'évaluation des offres est réalisée en **deux étapes** (a) et b) ci-après) suivant la chronologie suivante (sauf dans le cas où il y a application du DUME – *voir infra*):

a) Evaluation des demandes de participation

1) examen des motifs d'exclusion ;

2) examen des critères de sélection.

Une décision de sélection est alors rédigée. Cette décision est transmises à toutes les entités qui ont introduit une demande de participation. Les entités sélectionnées sont par ailleurs

169 Articles 66 – 70 de la Loi ; Articles 59 à 74 AR Passation

invitées à remettre offre sur base du cahier spécial des charges qui leur est également transmis pour une date déterminées.

Les offres réceptionnées dans le délai imparti seront alors évaluées suivant la chronologie suivante :

b) *Evaluation des offres réceptionnées*

3) correction des offres par le pouvoir adjudicateur ;

4) examen de la régularité des offres ;

5) examen des offres au regard des critères d'attribution.

Ces **cinq étapes d'évaluation** sont abordées successivement ci-après :

Etapes 1 et 2 - Examen des clauses d'exclusion et des critères de sélection

Introduction

Les clauses d'exclusion et les critères de sélection ont trait à la personne (qu'elle soit physique ou morale) qui dépose une demande participation ou une offre, et à sa capacité à exécuter le marché.

Par contre, les critères d'attribution sont utilisés pour estimer l'offre à sa juste valeur et pour décider à qui le marché sera attribué. Les critères de sélection et d'attribution ne peuvent par conséquent pas être mélangés.

Concernant les motifs d'exclusion et les critères de sélection, les articles 59 et 60 de l'AR Passation stipulent que le pouvoir adjudicateur peut, si cela s'avère nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure:

- s'informer, par tous les moyens qu'il juge utiles, de la situation de tout candidat ou soumissionnaire. Le pouvoir adjudicateur peut notamment, lorsqu'il a des doutes sur la situation personnelle de ces candidats ou soumissionnaires malgré les informations dont il dispose, s'adresser aux autorités compétentes belges ou étrangères pour obtenir les informations qu'il estime nécessaires à ce propos;

- exiger de toute personne morale, qui a introduit une demande de participation ou une offre, de produire ses statuts ou actes de société ainsi que de toute modification des informations relatives à ses administrateurs ou gérants, pour autant qu'il s'agisse de documents et d'informations qui ne peuvent être obtenus en application de la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des Entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions.

Lorsque les informations ou les documents qui doivent être soumis par le candidat ou soumissionnaire sont ou semblent incomplets ou erronés ou lorsque certains documents sont manquants, le pouvoir adjudicateur peut demander au candidat ou soumissionnaire concerné de présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés dans un délai approprié, à condition que ces demandes respectent pleinement les principes d'égalité de traitement et de transparence et, s'il est fait usage de la procédure ouverte ou restreinte, que cela ne donne pas lieu à une modification des éléments essentiels de l'offre.

Un changement de la composition du personnel mis à disposition pour l'exécution du contrat, qui est la conséquence directe des mesures visant à résoudre les conflits d'intérêt

ou les situations de participation préalable, est considéré comme ne donnant pas lieu à une modification d'un élément essentiel de l'offre, à condition de respecter pleinement les principes d'égalité de traitement et de transparence.

Le DUME [170]

Pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils européens[171], le pouvoir adjudicateur peut, dans le cas d'une procédure ouverte, procéder au contrôle des offres après la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection sur la base du seul **Document Unique de Marché européen**. Dans ces cas, il peut être procédé, à ce stade, à l'évaluation des offres sans un examen plus approfondi de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection. Avant de recourir à cette possibilité, le pouvoir adjudicateur doit toutefois avoir vérifié l'absence de dettes fiscales et sociales conformément à l'article 68 de la Loi du 17 juin 2016 et aux articles 62 et 63 de l'AR Passation, ainsi qu'évaluer, le cas échéant, les mesures correctrices visées à l'article 70 de la Loi du 17 juin 2016.

Pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils européens, le pouvoir adjudicateur peut, dans le cas d'une procédure ouverte ou négociée directe avec publication préalable, procéder au contrôle des offres avant le contrôle de l'absence de motifs d'exclusions et du respect des critères de sélection. Avant de recourir à cette possibilité, le pouvoir adjudicateur doit:

- vérifier l'absence de dettes fiscales et sociales conformément à l'article 68 de la Loi du 17 juin 2016 et aux articles 62 et 63 de l'AR Passation ;
- le cas échéant, évaluer les mesures correctrices visées à l'article 70 de la Loi du 17 juin 2016.

Dans les autres cas, la vérification de la régularité des offres ne porte que sur les offres des soumissionnaires sélectionnés.

Lorsque le pouvoir adjudicateur fait usage d'une des possibilités susmentionnées, il s'assure que la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection s'effectue d'une manière impartiale et transparente, afin qu'aucun marché ne soit attribué à un soumissionnaire qui aurait dû être exclu ou qui ne remplit pas les critères de sélection.

Etape 1) Motifs d'exclusion [172]

Les motifs mentionnés ci-dessous sont également applicables individuellement:

- à tous les participants qui introduisent ensemble une demande de participation et ont l'intention de constituer, en cas de sélection, un groupement d'opérateurs économiques;
- à tous les participants qui, en tant que groupement d'opérateurs économiques, déposent ensemble une offre; et
- aux tiers à la capacité desquels il est fait appel[173].

170 Voir l'article 66§2 de la Loi du 17 juin 2016 et l'article 75 de l'AR Passation.
171 Art. 11 de l'AR Passation
172 Voir les articles 52, 67 – 70 de la Loi du 17 juin 2016 et les articles 51, 61 – 64 de l'AR Passation.
173 conformément à l'article 73 § 1er de la Loi du 17 juin 2016

a) Motifs d'exclusion obligatoires [174]

Sauf dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l'article 70 de la Loi du 17 juin 2016, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, le pouvoir adjudicateur exclut, à quelque stade de la procédure que ce soit, un candidat ou un soumissionnaire de la participation à la procédure de passation, lorsqu'il a établi ou qu'il est informé de quelque autre manière que ce candidat ou ce soumissionnaire a fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée pour l'une des infractions suivantes:

- participation à une organisation criminelle;
- corruption;
- fraude;
- infractions terroristes, infractions liées aux activités terroristes ou incitation à commettre une telle infraction, complicité ou tentative d'une telle infraction;
- blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme;
- travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains;
- occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal.

Les exclusions mentionnées aux tiers 1er à six, de la participation aux marchés publics s'appliquent uniquement pour une période de cinq ans à compter de la date du jugement. L'exclusion mentionnée au paragraphe tiers sept, de la participation aux marchés publics, s'applique uniquement pour une période de cinq ans à partir de la fin de l'infraction.
Ces infractions sont précisées de manière plus détaillée dans l'AR Passation[175].

Le pouvoir adjudicateur exclut le candidat ou le soumissionnaire qui a occupé des ressortissants de pays tiers en séjour illégal, même en l'absence d'une condamnation coulée en force de chose jugée et ce, dès l'instant où cette infraction a été constatée par une décision administrative ou judiciaire, en ce compris par une notification écrite en exécution de l'article 49/2 du Code pénal social. Cette dérogation ne fait pas obstacle à la possibilité, visée à l'article 70 de la Loi du 17 juin 2016, pour le candidat ou soumissionnaire d'invoquer le cas échéant des mesures correctrices.

Le pouvoir adjudicateur peut à titre exceptionnel et pour des raisons impératives d'intérêt général, autoriser une dérogation à l'exclusion obligatoire.

Les opérateurs économiques ne peuvent pas, lorsqu'ils se trouvent dans une situation d'exclusion obligatoire au lendemain de la date ultime de l'introduction des demandes de participation ou de la remise des offres, participer aux marchés publics, sauf lorsqu'ils attestent qu'ils ont pris, conformément à l'article 70 de la Loi du 17 juin 2016, les mesures correctrices suffisantes pour démontrer leur fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion applicable.

b) Motif d'exclusion relatif aux dettes fiscales et sociales [176]

Sauf exigences impératives d'intérêt général et sous réserve des cas mentionnés ci-dessous, le pouvoir adjudicateur exclut, à quelque stade de la procédure de passation que ce soit, la participation à une procédure, d'un candidat ou d'un soumissionnaire qui ne satisfait pas à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale sauf:

- lorsque la dette ne dépasse pas 3.000,00 EUR ou qui a obtenu pour cette dette des

174 Voir l'article 67 de la Loi du 17 juin 2016 et l'article 61 de l'AR Passation
175 les articles 61 – 64 de l'AR Passation
176 Voir l'article 68 de la Loi du 17 juin 2016 et les articles 62 et 63 de l'AR Passation

délais de paiement qu'il respecte strictement; ou

– lorsque le candidat ou le soumissionnaire peut démontrer qu'il possède à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers. Ces créances s'élèvent au moins à un montant égal à celui pour lequel il est en retard de paiement de dettes fiscales ou sociales. Ce dernier montant est diminué du 3.000,00 EUR susmentionné. (Lorsqu'il constate que les dettes fiscales et sociales dépassent le 3.000,00 EUR susmentionné, le pouvoir adjudicateur demande au candidat ou au soumissionnaire s'il se trouve dans cette situation).

Le pouvoir adjudicateur donne cependant l'opportunité à tout opérateur économique de se mettre en règle avec ses obligations sociales et fiscales dans le courant de la procédure de passation et ce après avoir constaté une première fois que le candidat ou le soumissionnaire ne satisfaisait pas aux exigences. A partir de cette constatation, le pouvoir adjudicateur laisse à l'opérateur économique un délai de cinq jours ouvrables pour fournir la preuve de sa régularisation. Le recours à cette régularisation n'est possible qu'à une seule reprise. Ce délai commence à courir le jour qui suit la notification.

Ce motif d'exclusion ne s'applique plus lorsque le candidat ou le soumissionnaire a rempli ses obligations en payant ou en concluant un accord contraignant en vue de payer les impôts et taxes ou cotisations de sécurité sociale dues, y compris, le cas échéant, tout intérêt échu ou les éventuelles amendes pour autant que ce paiement ou la conclusion de cet accord contraignant se soit déroulé avant l'introduction d'une demande de participation, ou, en procédure ouverte, avant le délai d'introduction des offres.

Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification de la situation des candidats ou soumissionnaires, sur la base des attestations qui sont disponibles électroniquement pour le pouvoir adjudicateur via l'application Télémarc ou via d'autres applications électroniques équivalentes et accessibles gratuitement dans d'autres Etats membres. Cette vérification se fait dans les vingt jours suivant la date ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres.

L'attestation Télémarc mentionne le montant exact de la dette dans le chef du candidat ou soumissionnaire visé. Les dettes fiscales et sociales à prendre en considération ainsi que les modalités additionnelles en la matière sont déterminées dans l'AR Passation[177].

c) Motifs d'exclusion facultatifs[178]

Sauf dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l'article 70 de la Loi du 17 juin 2016, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, le pouvoir adjudicateur peut exclure, à quelque stade de la procédure de passation, de la participation à une procédure, un candidat ou un soumissionnaire dans les cas mentionnés dans l'article 69 de la Loi du 17 juin 2016, entre autres:

– lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, que le candidat ou le soumissionnaire a manqué aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, visées à l'article 7 de la Loi du 17 juin 2016;

– lorsque le candidat ou le soumissionnaire est en état de faillite, de liquidation, de cessation d'activités, de réorganisation judiciaire ou a fait l'aveu de sa faillite ou fait

177 les articles 62 et 63 de l'AR Passation
178 Voir l'article 69 de la Loi du 17 juin 2016.

l'objet d'une procédure de liquidation ou de réorganisation judiciaire, ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans d'autres réglementations nationales;

– lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que le candidat ou le soumissionnaire a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité;

– etc.

Les exclusions mentionnées dans l'article 69 de la Loi du 17 juin 2016 s'appliquent uniquement pour une période de trois ans à compter de la date de l'évènement concerné ou en cas d'infraction continue, à partir de la fin de l'infraction.

d) Mesures correctrices[179]

Tout candidat ou soumissionnaire qui se trouve dans l'une des situations visées aux articles 67 ou 69 de la Loi du 17 juin 2016 peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes par le pouvoir adjudicateur, le candidat ou le soumissionnaire concerné n'est pas exclu de la procédure de passation.

À cette fin, le candidat ou le soumissionnaire prouve d'initiative qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute.

Les mesures prises par le candidat ou le soumissionnaire sont évaluées en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Il s'agit dans tous les cas d'une décision du pouvoir adjudicateur qui doit être motivée aussi bien matériellement que formellement.

Etape 2) Critères de sélection[180]

Le ou les critères de sélection peuvent avoir trait[181]:

– à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle; et/ou
– à la capacité économique et financière; et/ou
– aux capacités techniques et professionnelles.

Le pouvoir adjudicateur ne peut imposer d'autres critères que ceux susvisés comme conditions de participation aux candidats et aux soumissionnaires. Ils limitent ces conditions à celles qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité juridique et financière ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Toutes les conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché.

179 Voir l'article 70 de la Loi du 17 juin 2016
180 Article 71 à 81 de la Loi et article 65 à 74 de l'AR du 18.04.2017

181 Voir l'article 71 de la Loi du 17 juin 2016 et les articles 65 – 72 de l'AR Passation.

Les critères de sélection ainsi que les moyens de preuve acceptables sont indiqués par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché ou, en absence d'un tel avis, dans les documents du marché.

Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'assortir chacun des critères de sélection qualitative de caractère économique, financier et/ou technique, d'un niveau d'exigence approprié, sauf si l'un des critères utilisés ne se prête pas à la fixation d'un tel niveau. Si le pouvoir adjudicateur utilise un critère économique, financier ou technique, ne se prêtant pas à la fixation d'un niveau, ce critère doit être assorti d'un second critère de même type qui se prête à une telle fixation.

Chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires.

Nombre minimum de candidats[182]

Dans les procédures restreintes, les procédures concurrentielles avec négociation, (les dialogues compétitifs et les partenariats d'innovation,) le pouvoir adjudicateur peut limiter le nombre de candidats respectant les critères de sélection qu'il invitera à soumissionner (ou à dialoguer,) pour autant que le nombre minimum de candidats qualifiés, fixé ci-dessus, soit disponible.

Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'il prévoit d'appliquer, le nombre minimum de candidats qu'il prévoit d'inviter et, le cas échéant, leur nombre maximum.

Dans la procédure restreinte, le nombre minimal de candidats est de cinq. Dans la procédure concurrentielle avec négociation, (le dialogue compétitif et le partenariat d'innovation,) le nombre minimal de candidats est de trois. En tout état de cause, le nombre de candidats invités doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle.

Le pouvoir adjudicateur invite un nombre de candidats au moins égal au nombre minimal. Toutefois, lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection et aux niveaux minimaux de capacité est inférieur au nombre minimum fixé par le pouvoir adjudicateur, ce dernier peut poursuivre la procédure en invitant les candidats ayant les capacités requises. Dans le cadre de cette même procédure, le pouvoir adjudicateur n'inclut pas les opérateurs économiques n'ayant pas demandé à participer ou des candidats n'ayant pas les capacités requises.

Pour les marchés inférieurs aux seuils européens, l'obligation d'indiquer le nombre minimum et, le cas échéant, le nombre maximum de candidats n'est pas applicable.

Exemples de critères de sélection[183]

Voici quelques exemples de critères de sélection.

En ce qui concerne l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, le pouvoir adjudicateur peut imposer aux opérateurs économiques d'être inscrits sur un registre professionnel ou sur un registre du commerce de leur Etat membre d'établissement.

182 Voir l'article 79 de la Loi du 17 juin 2016
183 Voir les articles 65 – 72 de l'AR Passation

En ce qui concerne la capacité économique et financière, le pouvoir adjudicateur peut imposer aux opérateurs économiques des conditions garantissant que ceux-ci possèdent la capacité économique et financière nécessaire pour exécuter le marché.

En ce qui concerne les capacités techniques et professionnelles, le pouvoir adjudicateur peut imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié.

Un opérateur économique peut, le cas échéant, et pour un marché déterminé, avoir recours à la capacité économique et financière et aux capacités techniques et professionnelles d'autres entités.

Lorsqu'un opérateur économique a recours aux capacités d'autres entités en ce qui concerne des critères ayant trait à la capacité économique et financière, le pouvoir adjudicateur peut exiger que l'opérateur économique et ces entités en question soient solidairement responsables de l'exécution du marché, pour autant que la possibilité d'exiger la responsabilité solidaire n'ait pas été exclue dans les documents de marché. Pour être effective, cette responsabilité solidaire doit cependant être acceptée par écrit par l'entité dont la capacité est invoquée. Lorsque l'acceptation écrite susmentionnée n'est pas fournie, le candidat ou le soumissionnaire ne peut avoir recours à la capacité de cette entité. Le présent alinéa ne porte pas préjudice à la responsabilité solidaire prévue en vertu d'autres lois, notamment au niveau des dettes sociales, fiscales ou salariales.

Pour les marchés publics de travaux, les marchés de services et les travaux de pose et d'installation dans le cadre d'un marché de fournitures, le pouvoir adjudicateur peut exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même ou, si l'offre est soumise par un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 8, § 2 de la Loi du 17 juin 2016, par un participant dudit groupement**.**

Le soumissionnaire peut, afin de prouver ses capacités techniques dans le cadre de la sélection, indiquer la part du marché qu'il a éventuellement l'intention de sous-traiter.

En ce qui concerne les critères relatifs aux titres d'études et professionnels, ou à l'expérience professionnelle pertinente, les opérateurs économiques ne peuvent toutefois avoir recours aux capacités d'autres entités que lorsque ces dernières exécuteront les travaux ou fourniront les services pour lesquels ces capacités sont requises. Si un opérateur économique souhaite recourir aux capacités d'autres entités, il apporte au pouvoir adjudicateur la preuve qu'il disposera des moyens nécessaires, notamment en produisant l'engagement de ces entités à cet effet.

Le pouvoir adjudicateur vérifie si les entités à la capacité desquelles l'opérateur économique entend avoir recours remplissent les critères de sélection et s'il existe des motifs d'exclusion dans leur chef, sans préjudice de la possibilité d'appliquer des mesures correctrices. Le pouvoir adjudicateur exige que l'opérateur économique remplace une entité à l'encontre de laquelle il existe des motifs d'exclusion ou qui ne remplit pas un critère de sélection applicable. Le pouvoir adjudicateur peut en outre exiger que l'opérateur économique remplace une entité à l'encontre de laquelle il existe des motifs d'exclusion non obligatoires. L'absence de remplacement suite à une telle demande donne lieu à une décision de non sélection.

Dans les mêmes conditions, un groupement d'opérateurs économiques peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités.

A l'égard des sous-traitants à la capacité desquels il n'est pas fait appel, le pouvoir adjudicateur peut, dans les documents du marché, demander au soumissionnaire d'indiquer dans son offre la part du marché qu'il a éventuellement l'intention de sous-traiter ainsi que les sous-traitants proposés.

Etape 3 - Correction des offres[184]

Après avoir procédé à la rectification des offres, le pouvoir adjudicateur procède à une vérification des prix ou des coûts de l'offre et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, il procède à un examen des prix et des coûts.

La rectification des offres

Le pouvoir adjudicateur rectifie les offres en fonction des erreurs dans les opérations arithmétiques ainsi que des erreurs purement matérielles relevées par lui ou par un soumissionnaire dans les documents du marché.

Le pouvoir adjudicateur rectifie les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres, sans que sa responsabilité ne soit engagée pour les erreurs qui n'auraient pas été décelées.

La distinction entre une erreur dans les opérations arithmétiques et une erreur purement matérielle n'est cependant pas toujours claire. Elles ont toutefois une caractéristique en commun : les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles portent sur des éléments déjà présents de manière intrinsèque dans l'offre.

Les erreurs dans les opérations arithmétiques sont imputables à des fautes dans une opération arithmétique telle qu'une multiplication ou une addition. D'un point de vue purement arithmétique, une addition ou une multiplication est correcte ou incorrecte et son résultat est sûr et certain. En cas d'erreurs ou d'imprécisions, aucune discussion ou interprétation n'est possible. Le résultat de l'opération arithmétique revêt donc de l'importance.

Par exemple : si une offre stipule que le prix unitaire est de 40 euros la pièce et que la quantité estimée s'élève à 2.500 pièces, et que ladite offre donne un prix total de 10.000 euros, il y a une erreur dans les opérations arithmétiques. En effet, le résultat de cette multiplication (2.500 x 40) s'élève à 100.000 euros. Toute discussion en la matière est exclue.

Bien souvent, dans le cas d'erreurs dans les opérations arithmétiques, il s'agit de fautes de frappe ou d'erreurs d'ordre arithmétique. Il y aura cependant lieu de vérifier au cas par cas le facteur erroné dans l'opération arithmétique, à savoir le multiplicateur ou le produit. Dans le cas présent, on a non seulement davantage à faire à une erreur de calcul, mais aussi à une possible erreur matérielle.

184 Voir l'article 84 de la Loi du 17 juin 2016 et les articles 33 – 36 de l'AR Passation

Les erreurs purement matérielles vont plus loin que de simples erreurs commises dans les opérations arithmétiques. Ici, ce n'est pas le résultat de l'opération arithmétique qui compte, mais bien les éléments constitutifs de ladite opération.
Afin de rectifier les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles relevées par lui dans les offres, le pouvoir adjudicateur recherche l'intention réelle du soumissionnaire en analysant l'offre dans sa globalité et en comparant celle-ci aux autres offres ainsi qu'aux prix courants. S'il s'avère que suite à cette analyse de l'offre, cette intention n'est pas suffisamment claire, le pouvoir adjudicateur peut, dans le délai qu'il détermine, inviter le soumissionnaire à préciser et à compléter la teneur de son offre sans la modifier et ce, sans préjudice de la possibilité de négocier lorsque la procédure le permet.

Lorsque, dans ce dernier cas, aucune précision n'est donnée ou que le pouvoir adjudicateur estime que la précision est inacceptable, il rectifie les erreurs en fonction de ses propres constatations. Si cela ne s'avère pas possible, le pouvoir adjudicateur peut soit décider que les prix unitaires sont d'application, soit décider d'écarter l'offre comme irrégulière.

Lorsque le pouvoir adjudicateur rectifie les erreurs directement dans les offres, il conserve une version originale des offres et veille à ce que les rectifications soient identifiables tout en maintenant visibles les données originales.

La vérification des prix ou des coûts de l'offre

Le pouvoir adjudicateur soumet les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts. Pour ce faire, il peut, conformément à l'article 84, alinéa 2, de la Loi du 17 juin 2016 inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires.

Le pouvoir adjudicateur peut confier aux personnes qu'il désigne la mission d'effectuer toutes vérifications sur pièces comptables et tous contrôles sur place de l'exactitude des indications fournies dans le cadre de la vérification des prix ou des coûts de l'offre. Le pouvoir adjudicateur peut utiliser les informations ainsi recueillies à d'autres fins que celle de la vérification des prix ou des coûts au cours de la procédure de passation concernée. Il peut également, si nécessaire, les utiliser dans la phase d'exécution du marché concerné.

L'examen des prix et des coûts

En cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés dans le cadre de la vérification des prix ou des coûts de l'offre, le pouvoir procède à un examen des prix et des coûts.

Lorsqu'il est fait usage de la procédure concurrentielle avec négociation, la procédure négociée directe avec publication préalable et la procédure négociée sans publication préalable, l'examen se fait sur la base des dernières offres introduites, ce qui n'empêche nullement que le pouvoir adjudicateur puisse déjà procéder à cet examen à un stade antérieur de la procédure.

Lors de l'examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai de douze jours, à moins que l'invitation ne détermine un délai plus long. Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur peut prévoir un délai plus court dans les documents du marché, moyennant une disposition expressément motivée.

La charge de la preuve de l'envoi des justifications incombe au soumissionnaire.

Ces justifications peuvent notamment avoir trait :

- à l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;

- aux solutions techniques choisies ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;
- l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;

- à l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Lors de l'examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir des justifications écrites concernant le respect des obligations visées à l'article 7, alinéa 1er de la Loi du 17 juin 2016, applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail en ce compris les obligations applicables en matière de bien-être, de salaires et de sécurité sociale.

Le pouvoir adjudicateur n'est toutefois pas tenu de demander des justifications des prix de postes négligeables.

Si nécessaire, le pouvoir adjudicateur interroge à nouveau le soumissionnaire par écrit.

Dans ce cas, le délai de douze jours peut être réduit.

Le pouvoir adjudicateur apprécie les justifications reçues et:

- soit constate que le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;

- soit constate que le montant total de l'offre présente un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;

- soit motive dans la décision d'attribution que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal.

Le pouvoir adjudicateur écarte également l'offre s'il établit que son montant total est anormalement bas parce qu'elle contrevient aux obligations en matière de droit environnemental, social ou du travail, visées à l'article 7, alinéa 1er de la Loi du 17 juin 2016 et ce, en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée.

Dans le cadre de l'évaluation, le pouvoir adjudicateur peut également tenir compte d'informations qui ne proviennent pas du soumissionnaire. Ces données sont soumises au soumissionnaire afin de lui permettre d'y réagir.

Dans le cas d'un marché de travaux ou d'un marché de services dans un secteur sensible à la fraude passé par procédure ouverte ou restreinte et dont l'offre économiquement la plus avantageuse est uniquement évaluée sur la base du prix et pour autant qu'au moins quatre offres aient été prises en considération, le pouvoir adjudicateur effectue un examen des prix ou des coûts comme mentionné ci-dessus, pour toute offre dont le montant total s'écarte

d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires.

Il en va de même, pour les marchés de travaux et les marchés de services dans un secteur sensible à la fraude passés par procédure ouverte ou restreinte, lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée sur la base du meilleur rapport qualité-prix lorsque le poids du critère relatif au prix représente au moins cinquante pour cent du poids total des critères d'attribution. Toutefois, dans ce dernier cas, le pouvoir adjudicateur peut prévoir dans les documents du marché un pourcentage supérieure à quinze pour cent.

Un marché de services dans un secteur sensible à la fraude est un marché de services passé dans le cadre des activités visées à l'article 35/1 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs qui relèvent du champ d'application de la responsabilité solidaire pour les dettes salariales (voir l'article 2, 13° de l'AR Passation).

La moyenne des montants se calcule de la manière suivante:

- lorsque le nombre des offres est égal ou supérieur à sept, en excluant à la fois l'offre la plus basse et les offres les plus élevées formant un quart de l'ensemble des offres déposées. Si ce nombre n'est pas divisible par quatre, le quart est arrondi à l'unité supérieure;

- lorsque le nombre d'offres est inférieur à sept, en excluant l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée.

Le calcul de la moyenne des montants se fonde sur toutes les offres des soumissionnaires sélectionnés. En ce qui concerne la procédure ouverte, ce calcul peut également se faire sur la base des offres des soumissionnaires provisoirement sélectionnés conformément à l'article 75 de l'AR Passation. Néanmoins, dans le cadre de ce calcul, le pouvoir adjudicateur peut décider de ne pas tenir compte des offres manifestement irrégulières.

Les documents du marché peuvent rendre le présent paragraphe applicable aux marchés de fournitures ou de services non dans un secteur sensible à la fraude, passés en procédure ouverte ou restreinte et pour lesquels l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée uniquement sur la base du prix.

Sauf disposition contraire dans les documents du marché, examen des prix et des coûts n'est applicable ni à la procédure concurrentielle avec négociation, ni à la procédure négociée directe avec publication préalable, ni à la procédure négociée sans publication préalable pour autant qu'il s'agisse d'un marché de fournitures ou de services dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne ou d'un marché de travaux dont le montant estimé est inférieur à 500.000 euros.

Le pouvoir adjudicateur peut confier aux personnes qu'il désigne la mission d'effectuer toutes vérifications sur pièces comptables et tous contrôles sur place de l'exactitude des indications fournies dans le cadre de l'examen des prix et des coûts. Le pouvoir adjudicateur peut utiliser les informations ainsi recueillies à d'autres fins que celle de la vérification des prix ou des coûts au cours de la procédure de passation concernée. Il peut également, si nécessaire, les utiliser dans la phase d'exécution du marché concerné.

Dans le cadre d'une procédure ouverte ou restreinte [185]

Interprétation, erreurs et omission dans les documents du marché

Sauf disposition contraire dans les documents du marché, l'ordre de priorité suivant est déterminant pour l'interprétation en cas de contradiction entre les documents du marché:

- les plans;
- le cahier spécial des charges;
- le métré récapitulatif ou l'inventaire.

Lorsque les plans contiennent des contradictions, le soumissionnaire peut se prévaloir de l'hypothèse la plus avantageuse pour lui, à moins que les autres documents du marché ne donnent des précisions à cet égard.

Si les documents du marché comprennent un métré récapitulatif ou un inventaire, le soumissionnaire y porte les indications requises et effectue les opérations arithmétiques nécessaires.

En tenant compte des documents du marché, de ses connaissances professionnelles ou de ses constatations personnelles, le soumissionnaire:

- corrige les erreurs qu'il découvre dans les quantités forfaitaires;

- corrige les erreurs qu'il découvre dans les quantités présumées pour lesquelles les documents du marché autorisent cette correction et à condition que la correction en plus ou en moins qu'il propose atteigne au moins dix pour cent du poste considéré;

- répare les omissions dans le métré récapitulatif ou l'inventaire.

Il joint à son offre une note justifiant ces modifications.

Le pouvoir adjudicateur tient compte des corrections proposées dans toute offre, régulière ou non, introduite par un soumissionnaire sélectionné ou provisoirement sélectionné[186].

Lorsque un soumissionnaire a corrigé la quantité d'un ou de plusieurs postes du métré récapitulatif ou de l'inventaire[187], le pouvoir adjudicateur contrôle ces modifications, les rectifie s'il échet selon ses propres calculs et amende, le cas échéant, les métrés ou inventaires joints aux offres.

Lorsqu'une omission dans le métré ou dans l'inventaire est complétée en application de l'article 79 § 2 de l'AR Passation, le pouvoir adjudicateur procède comme mentionné dans l'article 86 § 3 de l'AR Passation.

Lorsqu'un opérateur économique découvre dans les documents du marché des erreurs ou des omissions telles qu'elles rendent impossible l'établissement de son prix ou la comparaison des offres, il les signale immédiatement par écrit au pouvoir adjudicateur. Celui-ci est en tout cas prévenu au plus tard dix jours avant la date ultime de réception des offres, sauf impossibilité résultant de la réduction du délai de réception des offres.

Le pouvoir adjudicateur apprécie si l'importance des erreurs ou omissions relevées justifie un avis rectificatif ou une autre forme de publication adaptée et, s'il y a lieu, de prolonger le délai d'introduction des offres, compte tenu de l'article 9, alinéas 2 et 3 de l'AR Passation.

185 Voir les articles 34, 79 – 82 et 86 de l'AR Passation.
186 conformément à l'article 66, § 2, de la Loi du 17 juin 2016
187 conformément aux articles 34 et 79 § 2 de l'AR Passation

Dès la date ultime d'introduction des offres, éventuellement prolongée, le soumissionnaire n'est plus fondé à se prévaloir des erreurs ou omissions qui pourraient figurer dans le métré récapitulatif ou dans l'inventaire mis à sa disposition par le pouvoir adjudicateur.

En outre, dès cet instant, il ne peut se prévaloir des vices de forme dont est entachée son offre, ni des erreurs ou omissions qu'elle comporte.

Correction des offres

Lorsque, pour un poste quelconque du métré récapitulatif ou de l'inventaire, un soumissionnaire n'a indiqué aucun prix, le pouvoir adjudicateur peut soit écarter l'offre comme irrégulière, soit la retenir en réparant l'omission par application de la formule mentionnée dans l'article 86 § 2 de l'AR Passation.

En vue uniquement du classement des offres, les quantités admises par le pouvoir adjudicateur, supérieures ou égales aux quantités du métré initial ou de l'inventaire initial, sont portées à tous les métrés ou inventaires indistinctement.

Par contre, les modifications admises par le pouvoir adjudicateur et qui ont pour effet de diminuer les quantités, ne profitent qu'aux seuls soumissionnaires qui les ont signalées et seulement dans la mesure où les justifications sont acceptées. A cet effet:

- lorsque la quantité proposée par le soumissionnaire est inférieure à celle admise par le pouvoir adjudicateur, cette dernière quantité est portée au métré ou à l'inventaire;

- lorsque la quantité proposée par le soumissionnaire est comprise entre celle admise par le pouvoir adjudicateur et la quantité initiale du métré ou de l'inventaire, la quantité proposée par le soumissionnaire est portée au métré ou à l'inventaire;

- lorsque la quantité proposée par le soumissionnaire est supérieure à la quantité initiale du métré ou de l'inventaire, la quantité proposée par le soumissionnaire est ramenée à la quantité initiale du métré ou de l'inventaire.

Etape 4 - Régularité des offres [188]

Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres. La notion de « régularité » de l'offre comprend la « conformité » de l'offre aux exigences, conditions et critères mentionnés dans l'avis de marché ou dans les documents du marché. La régularité constitue cependant une notion plus large, étant donné que cette vérification porte également sur le respect des prescriptions de la réglementation, ainsi que sur le respect du droit du travail, du droit social et du droit environnemental.

L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.

Irrégularité substantielle

Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

188 Voir les articles 83 et 84 de la Loi du 17 juin 2016 et l'article 76 de l'AR Passation.

Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes:

- le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement (voir l'article 7 de la Loi du 17 juin 2016);

- le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43 § 1er, 44, 48 § 2, alinéa 1er, 54 § 2, 55, 83 et 92 de l'AR Passation et par l'article 14 de la Loi du 17 juin 2016, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;
- le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.

Un prix anormal peut constituer une irrégularité substantielle, voir l'article 36 § 3 de l'AR Passation.

Le pouvoir adjudicateur doit déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Il n'existe donc pas de pouvoir discrétionnaire dans le chef du pouvoir adjudicateur.

Irrégularité non substantielle

L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues, n'est pas déclarée nulle.

Une seule irrégularité non substantielle ne peut donc entraîner la nullité. Cette dernière nécessite, en effet, un cumul ou une combinaison de plusieurs irrégularités non substantielles susceptibles d'avoir les effets susmentionnés.

Il serait, en effet, illogique de maintenir la possibilité de déclarer nulle une offre qui ne donne pourtant aucun avantage discriminatoire au soumissionnaire, qui n'entraîne pas de distorsion de la concurrence, qui n'empêche pas l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, et qui ne rend pas inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Or, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés ci-dessus.

Les risques de recours en justice sont les suivants : un soumissionnaire qui estime que la sanction de refus de l'offre a été appliquée à tort peut en saisir le Conseil d'État. Tout soumissionnaire qui estime que le pouvoir adjudicateur n'a pas appliqué à tort la sanction de refus de l'offre d'un concurrent peut également contester cette décision.

Vérification de la régularité des offres

*a) Pour les marchés dont le **montant estimé est égal ou supérieur aux seuils européens**, et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation*

Concernant les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils européens et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation, la vérification de la régularité des offres se fait comme suit.

Lorsqu'il s'agit d'une offre finale, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle et l'offre affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés ci-dessus.

Concernant les offres autres que les offres finales :

- lorsqu'une offre comporte plusieurs irrégularités non substantielles qui du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés ci-dessus, le pouvoir adjudicateur offre au soumissionnaire la possibilité de régulariser ces irrégularités avant d'entamer les négociations ;

- le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents du marché. Dans ce dernier cas, il donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que le pouvoir adjudicateur n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation.

*b) pour les marchés dont le **montant estimé est inférieur aux seuils européens**, et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation*

Concernant les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils européens et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation, la vérification de la régularité des offres se fait comme suit.

Le pouvoir adjudicateur décide soit de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, soit de faire régulariser cette irrégularité. Il en va de même si l'offre est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles lorsque celles-ci, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés ci-dessus.

Distinction entre l'(ir)régularité matérielle et formelle dans la procédure concurrentielle avec négociation après une première procédure infructueuse

Dans ce cas [189], l'article 96 de l'AR Passation précise bel et bien quelles offres sont considérées comme des offres satisfaisant aux exigences formelles de la première procédure de passation.

Etape 5 - Examen des offres au regard des critères d'attribution [190]

Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse[191]. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée[192]:

189 l'article 38 § 1er, alinéa 2 de la Loi du 17 juin 2016
190 Voir l'article 81 de la Loi du 17 juin 2016
191 art. 81 § 1er de la Loi du 17 juin 2016

● sur la base du prix;

● sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie[193];

● en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Parmi ces critères, il peut y avoir notamment:

- la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes, le commerce et les conditions dans lesquels il est pratiqué ;

- l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché;

- le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.

Les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans:

- le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services, ou ;

- un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel.

Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur. Ils garantissent la possibilité d'une véritable concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution. En cas de doute, le pouvoir adjudicateur vérifie concrètement l'exactitude des informations et éléments de preuve fournis par les soumissionnaires.

Ces critères doivent être indiqués dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché.

Les critères d'attribution n'ont pas tous nécessairement la même importance dans le cadre d'un marché. Il est par conséquent possible de leur conférer une pondération différente.

Pour les marchés publics égaux ou supérieurs aux seuils européens, le pouvoir adjudicateur précise, dans les documents du marché, la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, sauf lorsqu'elle est déterminée sur la seule base du prix. Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont la différence entre le minimum et le maximum est

192 art. 81 § 2 de la Loi du 17 juin 2016
193 conformément à l'article 82 de la Loi du 17 juin 2016

appropriée. Lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, le pouvoir adjudicateur mentionne les critères par ordre décroissant d'importance.

Pour les marchés publics inférieurs aux seuils européens, le pouvoir adjudicateur précise soit la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, soit leur ordre décroissant d'importance. A défaut, les critères d'attribution ont la même valeur.

Les critères d'attribution sont généralement évalué sur base des points : c'est la plus facile à mettre en place et à comprendre.

Il est très important de conserver la même méthode et logique tout au long de votre évaluation.

Différentes méthodes de cotation existent, par exemple :

- linéaire 1 : les offres qui satisfont au critère demandé, sans plus, reçoivent 10/20. Celles qui apportent plus ou moins recevront, à hauteur de la différence avec le critère demandé, plus ou moins de points ;

- linéaire 2 : l'offre qui satisfait le mieux au critère demandé reçoit 20/20 et les autres soumissionnaires moins, à hauteur de leur apport ;

- par palier : à chaque fois que la valeur du critère de l'offre atteint une valeur déterminée (palier), celle-ci reçoit un point supplémentaire. Le Conseil d'État a condamné cette méthode au motif que les phases seraient trop distantes ;

- la méthode « bonnet » : plus un critère de l'offre se rapproche d'une valeur déterminée X, plus il accumule de points. Il obtiendra la cote de 20/20 en atteignant cette valeur X. Néanmoins, s'il la dépasse, la qualité supplémentaire offerte pour ce critère devient superflue et il reçoit alors moins de points.

Les résultats sont reportés dans un tableau récapitulatif tel que celui-ci :

<table>
<tr><td colspan="7">Candidat 1</td></tr>
<tr><td>Catégorie 1</td><td colspan="2">Prix 40%</td><td colspan="2">Qualité 55%</td><td rowspan="5">Délai de livraison 5%</td><td>5/5</td></tr>
<tr><td rowspan="4">Catégorie 2</td><td>Prix d'achat</td><td>14/20</td><td>Motorisation</td><td>9/10</td><td rowspan="4">5/5</td></tr>
<tr><td>Coût d'entretien</td><td>6/10</td><td>Volume</td><td>15/20</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Valeur de revente</td><td rowspan="2">8/10</td><td>Equipement</td><td>7/15</td></tr>
<tr><td>Confort</td><td>4/10</td></tr>
<tr><td colspan="2">TOTAL</td><td>28/40</td><td></td><td>35/55</td><td></td><td>5/5</td></tr>
<tr><td colspan="6"></td><td>68/100</td></tr>
</table>

Les résultats sont enfin reportés dans un tableau comparatif tel que celui-ci :

	Prix 40%	Qualité 55%	Délai de livraison 5%	TOTAL
Candidat 1	28	35	5	68
Candidat 2	31	50	1	82
Candidat 3	35	18	2	55
Candidat …				

La formule suivante peut également s'avérer utile pour déterminer l'offre avec le meilleur rapport qualité/prix:

- cote attribuée au critère « valeur qualitative » ;
- l'offre présentant la valeur qualitative la plus élevée (Val Max) reçoit une cote de 100 % ;
- les autres offres reçoivent une cote inférieure égale à :

$$\text{cote} = 100\ \% - \frac{\text{Val Max} - \text{Val}}{\text{Val moyenne}} \times 100\ \%$$

- cote attribuée au critère « prix » ;
- une cote de 100 % est décernée à l'offre la moins chère (Prix Min) ;
- les autres offres reçoivent une cote inférieure égale à :

$$\text{cote} = 100\ \% - \frac{\text{Prix} - \text{Prix Min}}{\text{Val moyenne}} \times 100\ \%$$

la cote finale attribuée est la moyenne pondérée des cotes précédentes

Voici une autre proposition alternative : l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix s'exprime comme suit :

$$Pcr = \frac{PA}{TpA}$$

$$(1-X) + X \quad \text{------}$$

Tp (-)

PA = prix de l'article offert

X = coefficient fixe = 0,8

TpA = valeur technique de l'article offert

Tp (-) = valeur technique de l'article conforme affichant le prix le plus bas

1.3.6.3 Motivation et information [194]

Aperçu des décisions en matière de marchés publics, soumises à l'obligation de motivation

La Loi Motivation impose, dans un certain nombre de cas, une communication spontanée d'une décision motivée. Par exemple, en ce qui concerne les marchés publics et concessions atteignant les seuils européens, l'article 8 de la Loi Motivation stipule que l'autorité adjudicatrice communique, dès qu'elle a pris la décision d'attribution motivée :

- à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;
- à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière ou non conforme, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée;
- à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée.

Attention ! Certains renseignements ne peuvent pas être communiqués lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application d'une loi, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci[195].

De nombreuses décisions tombent sous le coup de l'application de la Loi Motivation ou de la Loi du 29 juillet 1991. Voici un aperçu ci-après des décisions qui doivent faire l'objet d'une motivation.

Décisions de choisir une procédure de passation spécifique

- la procédure concurrentielle avec négociation[196];
- le dialogue compétitif[197];
- le partenariat d'innovation[198];
- la procédure négociée directe avec publication préalable[199].
- lorsqu'elle décide de recourir à une procédure concurrentielle avec négociation;
- lorsqu'elle décide de recourir à un dialogue compétitif.
- lorsqu'elle décide de recourir à une procédure négociée sans publication

194 Voir la Loi Motivation et la Loi du 29 juillet 1991.
195 art. 10 de la Loi Motivation
196 selon les conditions fixées à l'article 38 de la Loi du 17 juin 2016
197 selon les conditions fixées à l'article 39 de la Loi du 17 juin 2016
198 selon les conditions fixées à l'article 40 de la Loi du 17 juin 2016
199 selon les conditions fixées à l'article 41 de la Loi du 17 juin 2016

préalable[200].

Ces décisions motivées comportent, selon la procédure de passation et le type de décision en cas de procédure concurrentielle avec négociation, de procédure négociée sans publication préalable ou de dialogue compétitif, les motifs de droit et de fait justifiant ou permettant le recours à cette procédure[201].

Décisions de (non-)sélection de candidats/soumissionnaires

L'autorité adjudicatrice rédige une décision motivée lorsqu'elle décide de la sélection des candidats quand la procédure comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation[202]. La décision contient les noms des candidats ou soumissionnaires non sélectionnés et sélectionnés et les motifs de droit et de fait justifiant leur sélection ou non-sélection[203]. Dès qu'elle a pris la décision motivée de sélection, l'autorité adjudicatrice communique à tout candidat non sélectionné (art. 7 § 1 de la Loi Motivation):

- les motifs de sa non-sélection, extraits de cette décision;
- en cas de limitation, sur la base d'un classement, du nombre des candidats sélectionnés, la décision motivée de sélection.

L'invitation à présenter une offre ne peut être adressée aux candidats sélectionnés avant l'envoi de ces informations.

Dans le cas où la passation du marché est faite par une procédure ouverte, la décision de sélection est comprise dans la décision d'attribution. Dans ce cas, dès qu'elle a pris la décision d'attribution motivée, l'autorité adjudicatrice communique à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée (art. 8 § 1, 1° de la Loi Motivation).

Décisions portant sur la régularité des offres

Les actes administratifs individuels dans le cadre de l'évaluation de la régularité et de l'amélioration des offres doivent faire l'objet d'une motivation formelle.

La décision d'attribution contient les noms des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les motifs de droit et de fait de leur éviction. Ces motifs sont notamment relatifs au caractère anormal des prix et, le cas échéant au constat de non-équivalence des solutions proposées par rapport aux spécifications techniques ou à leur non-satisfaction par rapport aux performances ou aux exigences fonctionnelles prévues[204].

L'autorité adjudicatrice communique, dès qu'elle a pris la décision d'attribution motivée, à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière ou non conforme, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée[205].

La décision d'attribution

Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse selon les critères d'attribution[206].

200 Dans les cas et circonstances expressément visés à l'article 42 de la Loi du 17 juin 2016
201 art. 5, 2° de la Loi Motivation
202 art. 4, 5° de la Loi Motivation
203 art. 5, 6° de la Loi Motivation
204 art. 5, 8° de la Loi Motivation
205 art. 8 § 1, 2° de la Loi Motivation
206 art. 81 § 1er de la Loi du 17 juin 2016

Il est certes vrai que le pouvoir adjudicateur dispose du pouvoir discrétionnaire pour choisir le contractant le plus intéressant, en fonction de ses besoins et sur la base des offres introduites ainsi que des négociations éventuellement menées. Ce pouvoir n'est toutefois pas arbitraire, mais il doit être exercé dans le respect des principes de bonne administration et du principe d'égalité.

La décision d'attribution d'un marché public doit faire l'objet d'une motivation formelle (art. 4, 8° de la Loi Motivation). Elle doit contenir les noms du soumissionnaire retenu ou du ou des participants retenus dans l'accord-cadre et des participants et soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, en ce compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue[207]. Elle doit donc explicitement faire ressortir la raison pour laquelle une offre déterminée a été choisie comme la économiquement plus avantageuse. Les formules de style sont, par conséquent, inadmissibles. La simple communication d'un tableau affichant des points ne suffit pas non plus, car celui-ci ne permet pas au soumissionnaire de déduire les motifs soutenant l'attribution des points. A contrario, une évaluation descriptive associée à des résultats chiffrés de cette évaluation traduira quant à elle une motivation convaincante, pour autant que la motivation matérielle soit, elle aussi, en ordre.

Le pouvoir adjudicateur est tenu de communiquer à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée[208].

Arrêt et reprise de la procédure

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent arrêter la procédure de passation et éventuellement la reprendre selon la même procédure ou selon une nouvelle procédure, moyennant une motivation formelle de la décision[209]. Cette décision contient les motifs de droit et de fait pour lesquels l'autorité adjudicatrice a renoncé à passer le marché et, le cas échéant, l'indication de la nouvelle procédure de passation suivie[210].

Dès qu'elle a pris la décision de renoncer à passer un marché public et, le cas échéant, de lancer une nouvelle procédure de passation, l'autorité adjudicatrice communique la décision motivée aux candidats, participants et soumissionnaires concernés[211].

1.3.7 Attribution / Conclusion du marché

Le Marché ou le lot/les lots du marché est/sont attribué/attribués au/aux soumissionnaire/soumissionnaires qui a/ont remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse pour le marché ou le lot/les lots.

Il y a lieu de signaler qu'il n'existe aucune obligation pour le pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à passer le marché, soit refaire la procédure, au besoin suivant un autre mode.

Le pouvoir adjudicateur peut par ailleurs aussi se réserver aussi le droit de n'attribuer que certain(s) lot(s).

207 art. 5, 9° de la Loi Motivation
208 art. 8 § 1, 3° de la Loi Motivation
209 art. 4,10° de la Loi Motivation
210 art. 5, 10° de la Loi Motivation
211 art. 9 de la Loi Motivation

Délai d'attente « standstill » [212]

Concernant les marchés publics atteignant les seuils européens, la conclusion du marché qui suit la décision d'attribution ne peut en aucun cas avoir lieu avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter de la communication de la décision motivée aux candidats, participants et soumissionnaires concernés[213]. A défaut de simultanéité entre les envois, le délai prend cours, pour le candidat, participant ou soumissionnaire concerné, à la date du dernier envoi.

Lorsqu'une demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution visée à l'article 15 de la Loi Motivation est introduite dans ce délai, l'autorité adjudicatrice ne peut conclure le marché avant que l'instance de recours, le cas échéant, de premier degré, ne statue soit sur la demande de mesures provisoires, soit sur la demande de suspension.

A cette fin, l'auteur de cette demande est invité à avertir l'autorité adjudicatrice dans ce délai, de préférence par télécopieur ou courrier électronique ou, le cas échéant, en utilisant les plateformes électroniques[214], de l'introduction d'une telle demande.

La conclusion du marché peut avoir lieu au terme de ce délai lorsqu'aucune demande de suspension n'est introduite dans le délai précité.

L'interdiction de procéder à la conclusion du marché bénéficie au seul auteur d'une demande de suspension introduite dans le délai susmentionné.

La conclusion du marché peut avoir lieu sans appliquer ce délai dans les cas suivants:

- lorsque la publication au niveau européen d'un avis de marché ou d'un avis de concession n'est pas obligatoire;
- lorsque le seul soumissionnaire concerné est celui à qui le marché ou la concession est attribué et en l'absence de candidats concernés;
- lorsqu'il s'agit d'un marché fondé sur un accord-cadre.

Concernant les marchés publics n'atteignant pas les seuils européens, le délai d'attente est applicable aux marchés de travaux soumis à la publicité obligatoire au niveau belge dont le montant de l'offre à approuver hors taxe sur la valeur ajoutée excède la moitié du montant fixé pour la publicité européenne. L'autorité adjudicatrice peut rendre ce délai applicable aux marchés qui ne sont pas visés par cette disposition.

Conclusion du marché en procédures ouvertes et restreintes [215]

La conclusion du marché a lieu par la notification à l'adjudicataire de l'approbation de son offre et elle ne peut être affectée d'aucune réserve.

La notification est effectuée par courrier électronique ou par fax et, le même jour, par envoi recommandé.

La notification est effectuée valablement et en temps utile dans le délai d'engagement éventuellement prolongé au sens de l'article 58 de l'AR Passation.

212 Voir les articles 11-12 et 30 de la Loi Motivation
213 conformément à l'article 9/1 de la Loi Motivation
214 visées à l'article 14 § 7 de la Loi du 17 juin 2016
215 Voir les articles 58, 88 et 89 de l'AR Passation.

Le délai d'engagement précise la durée pendant laquelle un soumissionnaire reste engagé par son offre. Les soumissionnaires restent engagés par leur offre, telle qu'elle a été éventuellement rectifiée par le pouvoir adjudicateur, pendant un délai de nonante jours à compter de la date limite de réception. Les documents du marché peuvent fixer un autre délai.

Avant l'expiration du délai d'engagement, le pouvoir adjudicateur peut demander aux soumissionnaires une prolongation volontaire de ce délai, sans préjudice de l'application de l'article 89 de l'AR Passation dans le cas où, les soumissionnaires ne donnent pas suite à cette demande[216].

Lorsque le délai d'engagement éventuellement prolongé expire sans que le marché ne soit conclu et que le pouvoir adjudicateur ne fait pas, à ce stade[217], il procède selon les modalités suivantes. Avant d'attribuer le marché, le pouvoir adjudicateur demande par écrit au soumissionnaire concerné s'il consent au maintien de son offre. Si ledit soumissionnaire y consent sans réserve, le pouvoir adjudicateur procède à l'attribution et à la conclusion du marché. Lorsque le soumissionnaire concerné ne consent au maintien de son offre qu'à la condition d'obtenir une modification de celle-ci, le marché est attribué et conclu compte tenu de la modification demandée si le soumissionnaire justifie la modification par des circonstances survenues postérieurement à l'heure et la date ultime de l'introduction des offres et que l'offre ainsi modifiée demeure celle qui est économiquement la plus avantageuse. Lorsque le soumissionnaire concerné ne consent pas au maintien de son offre ou que la modification demandée ne s'avère pas justifiée ou que l'offre modifiée ne demeure pas économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur:

- soit s'adresse successivement, suivant l'ordre de classement, aux autres soumissionnaires réguliers. Dans ce cas, ce qui est mentionné ci-dessus s'applique également;

- soit demande simultanément à tous les autres soumissionnaires réguliers de revoir leur offre sur la base des conditions initiales du marché, et attribue et conclut le marché en fonction de l'offre devenue économiquement la plus avantageuse. Pour qu'elles soient prises en compte, les modifications demandées doivent être justifiées sur la base de circonstances qui se sont produites après l'heure et la date ultimes de l'introduction des offres. Le pouvoir adjudicateur tient également compte de l'offre modifiée comme visé ci-dessus, pour autant que la justification donnée ait été acceptée. Dans ce cas, lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée sur la seule base du prix[218], la révision peut uniquement avoir trait au prix de l'offre.

Le pouvoir adjudicateur est tenu de communiquer à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée[219].

Conclusion du marché en procédure négociée sans publication préalable et en procédure concurrentielle avec négociation

Un marché passé par procédure concurrentielle avec négociation ou par procédure négociée sans publication préalable est conclu:

- soit par la correspondance en fonction des usages du commerce ;

216 cette disposition n'est pas d'application en cas de procédure négociée sans publication préalable
217 application de l'article 85 de la Loi du 17 juin 2016 (non-attribution du marché)
218 conformément à l'article 81 § 2, alinéa 1er, 1°, de la Loi du 17 juin 2016
219 art. 8 § 1, 3° de la Loi Motivation

- soit par la notification à l'adjudicataire de l'approbation de son offre telle qu'éventuellement modifiée à l'issue des négociations et/ou corrigée[220] ;
- soit par la signature d'une convention par les parties.

1.3.7.1 Documents contractuels

Le contrat intégral consiste en un marché attribué par Enabel au soumissionnaire choisi conformément au CSC et se compose de l'ensemble des documents suivants :

- Le CSC et ses annexes ;
- La BAFO approuvée de l'adjudicataire et toutes ses annexes ;
- La lettre recommandée portant notification de la décision d'attribution ;
- Le cas échéant, les documents éventuels ultérieurs, acceptés et signés par les deux parties.

1.3.7.2 Publicité des marchés passés [221]

Pour les marchés publics ou les accords-cadres dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils européens, le pouvoir adjudicateur envoie un avis d'attribution de marché relatif aux résultats de la procédure de passation. Cet avis est envoyé au plus tard dans les trente jours après la conclusion du marché ou de l'accord-cadre.
Chaque marché conclu, y compris après une procédure négociée sans publication préalable, fait l'objet d'un avis d'attribution de marché.

(Dans le cas d'un accord-cadre, le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation d'envoyer un avis concernant les résultats de la procédure de passation de chaque marché fondé sur l'accord-cadre.)

Certaines informations sur la passation du marché ou de l'accord-cadre peuvent ne pas être publiées au cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un opérateur économique en particulier, public ou privé, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

Cet avis permet une transparence accrue des procédures de passation tout en donnant aux entrepreneurs, auxquels le marché n'a pas été attribué, une meilleure idée de leurs chances dans le cadre d'autres marchés analogues.

Le canal officiel par lequel l'avis de marché doit être publié dépend de l'estimation du montant du marché, plus particulièrement, si cette estimation atteint ou non les 'seuils européens'.

L'avis de marché peut aussi être publié de façon 'officieuse', par exemple par la publication sur le site web d'Enabel et/ou à travers d'autres canaux non officiels de publication, en Belgique ou ailleurs (par exemple dans les revues spécialisées, les journaux, les sites web de fédérations professionnelles etc.).

220 en application de l'article 34 de l'AR Passation ; Cette notification est effectuée conformément aux modalités de l'article 88, alinéa 2 de l'AR Passation
221 Voir l'article 62 de la Loi du 17 juin 2017 et les articles 8 – 24 de l'AR Passation.